

論
説

予見可能性と危惧感

松
宮
孝
明

目次

- 一 はじめに
 - (一) 問題の所在
 - (二) 予備的考察
- 二 予見可能性に関する判例の動向
 - (一) 森永ミルク事件をめぐる議論
 - (二) 北大電気メス禍事件をめぐる議論
 - (三) 最高裁の判例
 - (四) 下級審の動向
 - (五) 小括
- 三 「具体的予見可能性」の意味
 - (一) 藤木理論の検討
 - (二) 予見の「対象」と「可能性」
 - (三) 小括
- 四 むすびにかえて

一 はじめに

(一) 問題の所在

本稿は、過失結果犯の成立要件の一つである「予見可能性」を扱うものである。

ところで、從來我が國ではこの問題に関して、「具体的予見可能性説」と「危惧感説」ないし「不安感説」が対立しているものとされてきた。⁽¹⁾ 前説が「要件としての予見可能性」には「結果および因果経過の重要部分」の予見が可能でなければならぬとするのに対し、後説は、行為者に一定の結果回避の負担を課す前提として、結果発生の際の「不安感ないし危惧感」があれば、あるいはそれを抱くべき状況があれば、「予見可能性」は充足されるとするのである。そして、前説の支持者は後説をして、過失犯の成立範囲を無限定なものにし責任主義と矛盾することになる、と批判するのに対し、後説の支持者は、各種の公害、薬害など「未知の危険」が問題となる事件において、自説が過失の成立を肯定する論拠を提供し、ひいてはこれらの企業災害から国民を守ることにすると主張するのである。その意味で、両説には大きな対立があるように見える。

それにもかかわらず、現在の刑法学界では、「危惧感説」支持を表明している論者は圧倒的に少数である。わずかに、板倉教授、土本検事の著作が見受けられるだけである。⁽²⁾ 判例においても、「危惧感説」を明示的に採用したと言えるのは、森永ヒ素ミルク中毒事件差戻審判決（徳島地判昭和四八・一一・二八刑月五——一四七三）のみと見られている。⁽³⁾ 逆に、北大電気メス禍事件二審判決（札幌高判昭和五一・三・一八高刑集二九——一七八）や、最近では川崎がけ崩れ実験事故判決（横浜地判昭和六二・三・二六判時一二三二——五六）などが「危惧感説」を明示的に排斥している。したがって、現在では、一見、判例も学説も「具体的予見可能性説」で統一され、この問題は解決済みであるかのような印象を受けるのである。

他方、近年しだいに火災事故に関して防火管理責任者の刑事責任が追及されるケースが増えてきた。⁽⁴⁾ また、熊本水俣病事件やカネミ油症事件などの各種公害事件における刑事責任の追及も継続しており、天六ガス爆発事故のような都市災害に関しても刑事責任の追及が目だっている。⁽⁵⁾ それに対して、理論の側では、板倉教授や土本検事の主張を除き、⁽⁶⁾ このような現象を「予見可能性論」の差異によって説明しようとの試みは、ほとんど、見受けられない。⁽⁷⁾

ところか、森永ミルク中毒事件（以下、森永事件と呼ぶ）においては、差戻審判決の結論に対し、学界の大方の見方はこれを肯定するものであったように思われる。⁽⁹⁾ また、前田雅英教授によれば、「不安感が具体的予見可能性かという挾一的な問題の設定の仕方は、あまり合理的でな」く、⁽¹⁰⁾「不安感説と具体的予見可能性説にはそれほど距離はない」という。⁽¹¹⁾

しかし、そうであるなら、これらの事件について以前から刑事責任の追及がなされていしかるべきであるし、その場合に過失を根拠づける理論として「危惧感説」があらためて主張される必要もなかったはずである。にもかかわらず新たな「理論」が主張されねばならなかったのはなぜか。そしてまた、それが学説としてはほとんど受け入れられていないにもかかわらず、実務において、近年、火災や各種の公害・災害における刑事責任の追及が厳しくなったように見えるのはなぜか。同時に、そのような実務は責任主義の観点からして問題はないのか。さらに、通説に見える「具体的予見可能性説」とは、一体、どのような内容を持つものなのか。学界における「予見可能性論」の現状を見るべき、これらの疑問は生じて当然であろうと思われる。

本稿は、これらの疑問を解明するための前提作業として、「予見可能性」の内容を、とくに「危惧感説」と判例との関係の検討を通じて、明らかにしようとするものである。しかし、その前に、二、三の予備的考察を加えておく。

注

(1) 「危惧感説」という名称は、三井教授が藤木博士の過失論を「危惧感」説と呼んだことに始まり、「不安感説」という名は、前田教授が同説をそのように名付けたことに始まる。三井誠「予見可能性」藤木編・過失犯―新旧過失論争―（一九七五）一三〇頁以下、前田雅英「医療行為と過失犯の理論」唄孝一編・医療と法と倫理（一九八三）三一六頁以下。

(2) 八〇年代のものとして、板倉宏・現代社会と新しい刑法理論（一九八〇）、同「監督過失」ジュリスト増刊・刑法の争点（一九八七）一〇〇頁、同「監督過失」警察学論集四〇巻一〇号（一九八七）四三頁、土本武司「過失犯理論の動向と実務」警察研究五四巻六号（一九八三）三頁、同・過失犯の研究―現代的課題の理論と実務―（一九八七）。

- (3) 佐伯仁志「給油作業の過誤による火災発生の予見可能性があったとされた事例」警察研究五六巻五号(一九八五)五七頁。
- (4) 公判されている裁判例としては以下のものがある。警光ホテル火災事件一審・福島地判昭和五〇・三・二九刑月七―三―四二五、同二審・仙台高判昭和五三・一・二四判時八九二―一〇九、椿グラントホテル火災事件一審・和歌山地判昭和五一・三・三一刑月八―三―一七二、有馬池の坊満月城火災事件一審・神戸地判昭和五三・一二・二五刑月一〇―一―一一二―一四八一、白石中央病院火災事件一審・札幌地判昭和五四・一一・二八刑月一―一―一五五五、同二審・札幌高判昭和五六・一・二二刑月一三―一―一二二―一二、同差戻後一審・札幌地判昭和五七・一二・八判時一〇六九―一五三、大洋デパート火災事件一審・熊本地判昭和五八・一・三一刑月一五―一―一二二―一九、千日ビル火災事件一審・大阪地判昭和五九・五・一六判時一―一三三―一二〇、同二審・大阪高判昭和六二・九・二八判時一二六一掲載予定、川治プリンスホテル火災事件一審・宇都宮地判昭和六〇・五・一五判時一―一五四―六八、同二審・東京高判昭和六二・二・一二判時一二三三―一三〇、ホテルニュージャパン火災事件一審・東京地判昭和六二・五・二〇判時一二四四―一三六。火災事件については、下級審の判例は、予見可能性の認定理由などに、しだいに、定形的な表現を用いるようになってきているが、個々の事件の処理はまだ安定していないようである。
- (5) 熊本水俣病事件一審判決・熊本地判昭和五四・三・二二刑月一―一三一―一六八、同二審・福岡高判昭和五七・九・六高刑集三五―二―八五、カネミ油症事件一審・福岡地小倉支判昭和五三・三・二四刑月一〇―三―一三三、同二審・福岡高判昭和五七・一・二五刑月一三―一〇―一一―七六四。
- (6) 天六ガス爆発事件一審・大阪地判昭和六〇・四・一七判時一―一六五―二八。さらには、一九八五年八月一二日に発生した日航機墜落事故に関しても、刑事責任追及の可能性が報じられている。
- (7) 板倉教授は「監督過失を認めた事例は、そのほとんどが実質的には危惧感説をとっているとみてよい。」とか、「実務では、監督過失が問題とされる企業災害などの領域では危惧感説的な考え方で、結果予見可能性を認定するのがむしろ、大勢であるといってもよからう。」と述べ、監督者の過失肯定に「危惧感説」採用というような見方をする。板倉・前掲警察学論集四〇巻一〇号五四頁以下。また、土本検事も「判例は、『ことば』で具体的予見可能性を説きつつ、実質は抽象化を指向している」と見る。土本・前掲書四五頁。
- (8) 白石中央病院火災事件一、二審判決をめぐって、それらが新旧いずれの過失論に立つものかにつき、議論になったこともあるが、それは必ずしも「危惧感説」か否かという争いではなかったように思われる。「監督過失」刑法雑誌二六巻一号(一九八四)一二七頁以下参照。なお、この事件を論評したものととして、井上祐司「監督過失」と信頼の原則」法政研究四九巻一

— 三号（一九八三）二七頁、名和鉄郎「監督過失」刑法判例百選—総論第二版（一九八四）一三六頁、三井誠・森本宏「対談・防火管理責任を考える⁽²⁾」近代消防二四卷（一九八六）三号一四七頁、四号一二三頁、五号一二五頁、石毛平蔵「過失と無過失との間—白石中央病院火災事故—」月刊消防昭和五六年九月号三六頁、松宮「白石中央病院火災事件判決について」刑法雑誌二八卷一号（一九八七）四六頁。

(9) 具体的予見可能性はあったとするものとして、福田平「過失犯における予見可能性と監督義務違反」判例評論一八六号（判例時報七四三三）（一九七四）一五六頁、中義勝「業務上過失致死傷—森永ドライミルク事件—」ジュリスト増刊昭和四八年度重要判例解説（一九七四）一三六頁、西原春夫「信頼の原則と予見可能性」ジュリスト五五二号（一九七四）三〇頁…交通事故と過失の認定（一九七五）二六頁処収、内田文昭「過失犯における結果の予見可能性と回避可能性—森永ドライミルク中毒事件差戻後第一審判決—」判例タイムズ三〇九号（一九七四）一〇二頁。認定事実からは具体的予見可能性があったとは言えないとするものとして、井上（祐）「過失犯における具体的予見と危惧感」ジュリスト五六九号（一九七四）一三六頁…因果関係と刑事過失（一九七九）一四一頁処収。もっとも、内田教授は「松野製剤」の会社名と容器の容量が変わっていたことを具體的予見の契機と見る。

(10) 前田・前掲医療と法と倫理三五六頁。

(11) 前掲刑法雑誌二六卷一号一三三頁。

(二) 予備的考察

予見可能性にはいくつかの意味がある。まず、大きく分けると、行為時に行為者に存在した「事実としての予見可能性」と、刑法上の過失致死傷罪などの責任を問うために必要な「要件としての予見可能性」がある。前者は、その具体性、容易性などについて程度を付しうる概念であり、自動車事故などについて見れば、人の死傷という結果に関し、何らかの形で「事実としての予見可能性」が存在しないケースはほとんどありえないと思われる。後者は、過失の有無を問う際に、「事実としての予見可能性」がそれを充足しているか否かという形で問題とされる。その意味で、オール・オア・ナッシングな概念である。本稿で検討するのは後者である。

つぎに、いずれの概念においても、「予見」そのもの（あるいは「予見の対象」と、その「可能性」とを分けることができる。可能とされる「予見」の内容が個別具体的な結果である場合もあれば、漠然としたあるいは不特定・多数の客体に生ずる結果であることもある。また、これらの結果の「予見」がわずかな意識の集中や単純な情報収集活動によって獲得できた場合もあれば、高度の意識集中、複雑な情報収集活動が必要とする場合もある。

「要件としての予見可能性」は、「予見」そのものについても、その「可能性」についても、一定の閾（Schwelle）を持つ概念である。事実として可能な「予見」の内容が漠然としたものであれば、過失結果犯の要件を充足しないこともあろうし、個別具体的な結果の「予見」が不可能ではなくても、極めて高度の専門知識や杞憂とも思えるような用心深い情報収集を必要とするものであれば、やはり、要件を充足しないこともあろう。

さらに、結果の予見が「誰にとって」可能かという観点での分類もある。「客観的予見可能性」、「主観的予見可能性」という分け方である。もっとも、「主観的予見可能性」のほうは行為者本人にとっての可能性という意味が比較的明瞭であるが、「客観的予見可能性」という言葉の意味はそれほど明確なものではない。一般には、行為者の属する社会生活領域における平均人にとって、という意味で用いられることが多いのであるが、この意味が実体刑法理論上の要件としては無意味であることは、すでに別稿で論証を試みた。⁽¹⁾因果関係で相当説を採る場合には、その「広義の相当性」を意味することもある。その場合に、エンギッシュなどは「最も洞察力のある人間」(ein einsichtiger Mensch) にとつての可能性と解しているし、⁽²⁾平野博士は「科学的一般人」という表現を用いる。⁽³⁾「一般人」という言葉が適切なのかどうか疑問の残るところであるが、相当高度の科学知識、法則知識を用いて判断するという意味なのであろう。もっとも、その場合でも、行為当時と裁判時とで科学知識の水準は変化しているであろうから、どちらの知識を用いるのかという問題は残る。また、これがそもそも危険の「予見可能性」の判断なのか、危険そのものの判断なのかという疑問もある。

しかし、この点は、過失犯成立の有無に關しては、どうでもよいことである。なぜなら、責任主義を貫徹する以上、過失犯の成立には、行為者本人にとっての「予見可能性」が必要ことに争いはないからである。「客観的予見可能性」が存在しない（正確には「要件としての予見可能性」を充足しない）場合には、特段の事情がない限り、行為者本人にとっても「予見可能性」がないという推定に用いられるのであれば、それがそのような推定方法として妥当である限り、過失犯論としては、さしあたり、問題はない。要するに、過失結果犯成立の要件として、どのような内容の「予見可能性」が必要なのかが問題なのである。

さて、実体法理論上、「具体的予見可能性」と「危惧感説」とが対立するものであるとすると、それはいずれにせよ「要件としての予見可能性」をめぐる対立を示すものでなければならぬ。そこでは、「具体的予見可能性説」は、一方において「予見」内容の一定の具体性を意味するとともに、他方においてそのような「予見」に至る一定程度の可能性ないし容易性を意味するものと考えられ、逆に、「危惧感説」とは、それらのいずれか一方あるいは双方の要件の緩和を意味するものと考えられる。

ところで、このように整理すると、「具体的予見可能性」に対立する言葉は「抽象的予見可能性」でなければならぬことに気づかされる。にもかかわらず「危惧感」という言葉が対立的に用いられるのはなぜだろうか。さらに、「危惧感説」の重点は「予見」の内容の緩和にあるのだろうか、それとも「可能性」の緩和にあるのだろうか。この点が、以下の考察において最も重要なポイントである。

とくに、後者については問題がある。「可能性」という言葉は多義的であるが、過失犯における「予見可能性」は、少なくとも、現実の「予見」を意味するものではない。「認識ある過失」においては結果発生の現実の予見があったように見えるが、これは「事実としての予見」にすぎず、それが故意結果犯における故意の「要件としての予見」ということではない。過失犯にはこのような意味での「予見」は存在しない。しかしながら、「危惧感」という言葉

は、行為者に現実存在した危険感・不安感を意味するものとも解せられる。もっとも、後述するように、藤木博士はこれを「危惧感を抱くべき状況」という意味で用いることもある。しかし、ともかく、漠然とした結果発生の危惧感が行為者に存在したときに「具体的予見可能性」があったと言いうる状況も、考えられないわけではない。その危惧感をまじめに受け止めて事態を検討してみたら、具体的な結果の発生が認識されていたというような場合である。そのような場合に「要件としての予見可能性」の充足を肯定したとしても、それは「具体的予見可能性説」と対立することにはならないであろう。換言すれば、この点においては、「危惧感」があっても「具体的予見」に到達できない場合、あるいはそれが極めて困難な場合にも「要件としての予見可能性」を肯定して、初めて、「危惧感説」は「具体的予見可能性説」と対立する理論になるように思われる。

もっとも、どのような場合に「危惧感」があった、正確には「意識の集中や情報収集活動を促す契機となるべき危惧感」があったと言いうるかについても、対立が考えられる。これは、実は、「慎重さ」「誠実さ」あるいは「結果不発生への関心」の度合いについて刑法が期待すべきレベルの問題、つまり、期待可能性の標準という問題である。しかし、これは判断者の性格、世界観、人生経験に大きく左右される問題であり、予見可能性に関する理論的枠組みが同一でも、判断者によってまったく違った結論に至ることもありうる。「予見可能性」をめぐる理論的対立の背景に、このような期待可能性レベルの見解の相違が存在する可能性も念頭に置いておかなければならないであろう。

以上の考察を前提にして、まず、「危惧感説」と判例との関係を振り返り、ついで、その主張の意味を探り、「具体的予見可能性」の内容の明確化を試みることにする。

注

- (1) 松宮「過失の標準について」(二)三「完」南山法学一一巻一号、二号(一九八七)、三号(一九八八)。
- (2) Karl Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1939, S. 283ff.

(3) 平野龍一「因果關係について」月刊法学教室三号（一九八〇）…犯罪論の諸問題（上）（一九八二）四〇頁処収。

二 予見可能性に関する判例の動向

(一) 森永ミルク事件をめぐる議論

藤木博士は、一九七四年の「森永ミルク事件と過失犯論」と題する論文の中で、「予見可能性について、これを『危惧感』の程度で足りるとし、ただ、予見可能性の程度如何は、結果回避義務、行動基準の具体的内容を決める上での重要な標準として考慮すべきである、とする見解は、わたくしが、主として森永事件の高松高裁の判決の趣旨をヒントとしてさらに、近似類発している薬害事件、科学技術の高度に発達した先進的分野における未知の危険の具体化という形で発生した事故についての過失責任を問うにあたって過失責任の問い方に関する一般論として提唱したものである。その萌芽は、『森永ドライミルク事件と業務上過失』、というジュリスト誌昭和四一年八月一日号登載の加藤一郎、竹内昭夫両教授との座談会において述べたが、論説としては、『西ドイツのサリドマイド裁判』（ジュリスト四〇六号…）、昭和四三年、および昭和四四年のジュリスト四二一号掲載『食品中毒事故と信頼の原則』…において展開し、さらに、昭和四六年ジュリスト四七八号から四八〇号『企業災害と過失犯』および『過失犯の構造』（司法研修所論集一九七一年一号）等において展開し、『刑法各論』（有斐閣大学双書昭和四七年）に総括的なまとめをしている。」と述べている。⁽¹⁾この記述にも明らかなように、「危惧感説」展開の嚆矢となつたのは、森永事件の二審判決（高松高判昭和四一・三・三一高刑集一九二一三六）であった。そこで、考察の出発点として、この事件の概要と各判決の要点およびそれをめぐる学界の評価を検討してみよう。

1 事件の概要と一審判決

一九六五年夏、西日本一帯で人工栄養乳児に下痢、嘔吐等の症状を伴う奇病が大量に発生し、多数の死傷者が出た。調査の結果、原因は森永乳業徳島工場で製造された乳児用のドライミルクに多量のヒ素が含まれていたことによるヒ素中毒であり、粉ミルクの安定剤として原料牛乳に添加されていた第二燐酸ソーダが、実は、多量のヒ素を含む。第二燐酸ソーダとは言えない特殊化合物であったためであることが判明した。この特殊化合物はアルミを製造する際にできた廃棄物で、清缶剤としての機能を有するため、それを松野製薬という会社を買取り、脱色して、工業用に「第二燐酸ソーダ」という名で薬問屋の協和に売却し、それが森永の徳島工場に納入されたのである（以下、この特殊化合物を「松野製剤」と呼ぶ）。

この事件に関して、当時の工場長と製造課長が業務上過失致死傷罪で起訴された。第一審判決（徳島地判昭和三八・一〇・二五下刑集五―九―一〇―九七七）は、当時第二燐酸ソーダは、同方品や試薬に限らず、工業用であつても、人体に傷害をもたらすほどヒ素含有率の高いものは市場に出回る恐れはなかったから、工場側には、第二燐酸ソーダの発注に際して、同方品、試薬などの成分規格の明らかなものを指定して注文する等の注意義務はなく、また、同工場は、それまでに九回、協和から第二燐酸ソーダを購入しまったく事故がなく、しかも協和はこの地方において信用のある薬問屋であつたのであるから、同様の方法で注文した本件第二燐酸ソーダ（実は「松野製剤」）についても、従来の正常な薬剤と同一のものであるという信頼感が生ずるのが当然であり、したがつてこのような場合、厳密な化学検査をする注意義務はなかったとして、被告人両名に無罪を言い渡した。

この判決は、第二燐酸ソーダそれ自体は工業用であつても人体に有害なほどのヒ素を含んでいないという事実を前提として、「予見」の内容を、「松野製剤」のような人体に有害な程度のヒ素を含む薬剤が「第二燐酸ソーダ」という名で納入されることに絞っている。それについて、発注時に規格品を注文すべきと考えるほどに、あるいは、薬品受

領後に、各容器ごとに厳密な化学検査をすべきと考えるほどに合理的な懸念が存在したか、そして、「松野製剤」にはこれまでの正常薬剤と異なり、成分検査をしないといけないと思わせるほどの外観上の差異があったかを検討する。結論的には、前者については、①これまで「第二燐酸ソーダ」という名で人体に有害な程度にヒ素を含む薬剤が出回ったことがなかったこと、②これまでに九回納入された「第二燐酸ソーダ」による事故はまったくなかったこと、③協和は信用のある会社であったことなどから、とくに規格品を注文しなくても、納入された薬剤が正常なものであるとの信頼感が生ずるのが当然であり、「この信頼感なるものは一定の法的価値を備えているものであって、この信頼感を動揺させるに足りる特別の事情が存在しない限りこの信頼感に従って行動することが是認される」と判示し、後者についても、「松野製剤」に厳密な化学検査を必要と思わせるほどの外観上の差異はなかったとするのである。

2 二審判決の内容

これに対して検察官から控訴がなされ、二審の高松高裁はこれを認めて、現判決を破棄、差し戻した。その理由はつぎのようなものである。

まず、第二燐酸ソーダである限りは人体に有害な程度のヒ素を含むものが業界に出回る恐れはなかったとしつつ、商取引上、注文した品物と異なる品物が納入される可能性があると理由や、他の薬品において内容とその表示とが異なっていたため死亡事故に至った裁判例を挙げ、正常な第二燐酸ソーダの発注に対して非第二燐酸ソーダが「第二燐酸ソーダ」と表示されて納入される客観的可能性はあったとし、つぎに、食品・薬品業界の証人による食品用には局方品や試薬一級その他の成分規格の明らかなものを使用するとの証言から、証人たちは「工業用第二燐酸ソーダとして取り引きされる薬剤」のうちには、「必ずしも第二燐酸ソーダであることの明確な保証のない場合もあり得るか

ら、非第二磷酸ソーダを食品用添加物として使用することを防止するため、工業用第二磷酸ソーダの如きものを、何らの確認検査もすることなくそのまま使用することは、これを避けるべきであると考えていたことが十分窺われるのである。」と推論する。さらに、予見可能性に関して、「もともと、食品として製造された物ではなく、他の用途のため製造された物については、学理的にはこれを飲食しても無害であるとされていても、我々は、その製造の由来や流通の過程を確かめない限り、これを飲食するには躊躇を感じるであろう。この不安感をまさに：危険の予見なのである。」(傍点筆者)と判示して、結論的に、規格品を発売する義務あるいは納入薬品について個別に化学検査を行う義務の存在とその違反を認めたのである。

これに対して弁護士から上告がなされたが、最高裁はこれを棄却し(最一小判昭和四四・二・二七判時五四七―九二)、事件は徳島地裁に差し戻された。

3 二審判決に対する藤木博士の評価

藤木博士は、二審判決の直後の座談会で、「第一審のほうは、やや本件物質のごときものが混入する可能性にこだわり過ぎていると思われる」として、「たとえ万が一ということでも、人の生命・健康に有害な危険物が混入してくる可能性があつて、それについての不安感を一〇〇%払拭できない、ということであれば、過失責任の前提としての予見可能性ありと認めて差支えないという感じがいたします。」と述べて、ほぼ、今日「危険感説」と呼ばれる公式を示している。⁽²⁾ ついで、上告棄却判決直後の「食品中毒事故に関する過失と信頼の原則―森永粉乳中毒事件をめぐる⁽³⁾」では、二審判決を積極的に支持して、一般・通常人の標準において、ある種の結果防止措置をなす旨の負担を命ずるのが合理的であると思われる程度の危惧感が存在することが結果の予見であり、具体的な行為者がこれを無視ないし軽視したとしても、注意義務を命ずる前提としての結果予見の可能性があつたものと解することが相当であ

る。」と述べる。⁽⁴⁾さらに、「企業災害と過失犯（三・完）」では、「食品添加物として納品される化学薬品については、商取引の常態としてその成分・規格が法的にも保証されたものでないかぎり……万が一にも未知の類似品の混入、あるいは製造過程の過誤による粗悪品の混入などの可能性がないとはいえないのであるから、当該業者ならば、このような可能性・不安感をもつというのであれば、それが結果の予見可能性を意味し、そのうえで、この不安感を払拭するに足りる程度の結果回避措置を命ずることに合理性が認められることになるのである。」（傍点筆者）とする。⁽⁵⁾

このような予見可能性要件の把握は、博士のそれまでの論文から見ても、やや趣を異にするものであった。博士は、一九五七年の「過失犯の考察」⁽⁶⁾では、「結果の予見可能性は、単に抽象的ではなく、具体的な因果関係の進行について考えなければならない。ただしここで問題となるのは抽象的な過失的態度一般ではなくて、具体的な個々の構成要件の結果に対応した過失的態度だからである。」⁽⁷⁾としていたし、サリドマイド裁判に関して論じた「西ドイツのサリドマイド裁判」⁽⁸⁾においても、「予見可能性を根拠づける危機感は、単なる抽象的可能性ではなく、ある程度の具体性をともなったものでなければならない。すくなくとも副作用のおそれのある薬剤（一種の危険物）を取扱う立場にある者にとってはそのような危機感をいだくのが当然だと思われるような具体的な危険の徴表となる事実が客観的に存在すること、およびそれを行為者において知っていたかまたは知り得べきであったことを必要とするであろう。」と述べていたのである。⁽⁹⁾博士自身も、森永事件二審判決の論理はこれまでの予見可能性論とは異なったものと解していたように思われる。「企業災害と過失犯」において「新理論」という表現が見られるのも、その現れであろう。⁽¹⁰⁾そして、博士はこれを「未知の危険」一般に対処するための過失論と考えたようである。

4 差戻審判決と学界の評価

森永事件の差戻審判決（徳島地判昭和四八・一一・二八刑月五―一一―一四七三）は、二審の判断を受けて、ま

ず、製造課長たる被告人について、その職務権限、第二燐酸ソーダの具体的な発注手続きなどに照らすと、発注の直接行為者であるとはいえず、各種化学的検査の担当者とする根拠もないから、規格品発注および化学検査のいずれについても直接行為責任を問えないとしつつ、同被告人は、第二燐酸ソーダの使用に至るまでの経緯、その本格的の使用に入ってから発注手続きに照らすと、第二燐酸ソーダの使用について最高責任者であり、直属の部下を直接指揮監督すべき立場にあったのであるから、これらをして規格品発生、使用および化学検査をさせる職責を有していたとして、当時の業務上過失致死傷罪の最高刑である禁錮三年の実刑を言渡した。他方、工場長たる被告人は、本件工場の事務系統出身で、その職務権限、具体的業務内容等に照らし、直接的にもまた監督上も右の各注意義務は課し得ないとして、無罪を言渡した。

予見可能性に関する本判決の判示はつぎのようなものである。すなわち、「従来は過失すなわち結果予見義務違反の有無というふうに考え勝ちであつたが、過失行為は何よりもまず被害発生をもたらした客観的な落度として把握されるべきである。落度があるというためには、加害行為の時点で加害者が必要と認められる負担を果さなかつたことが認められなければならないが、右負担の具体的内容を定めるのが結果回避義務であり、これを課する前提として結果予見の可能性が問題となる。この場合の予見可能性は結果防止に向けられた何らかの負担を課するのが合理的であるということを裏付ける程度のものであればよく、この場合の予見可能性は具体的な因果関係を見とおすことの可能性である必要はなく、何事かは特定できないがある種の危険が絶無であるとして無視するわけにはいかないという程度の危惧感であれば足りる。」と。

藤木博士は、この判示を、「わたくしが、最近、『刑法各論』（有斐閣大学双書昭和四七年）の第二編、特に一三六頁以下にまとめたものと全く同趣旨であり、さらにその部分の原案ともいふべき、筆者が、ジュリスト誌四八〇号において述べた、『企業災害と過失犯』のその三のうち、森永ドライミルク砒素中毒事件と過失との関連について述べ

たところの主要部分が、ほとんどそのまま引用されていることは、私が年来主張してきた過失に関する理論構成が、正面から実務に受け入れられたことの明白な証拠といえることができる。」と評価している。⁽¹²⁾ まさに、この判決こそが「危惧感説」を明示的に採用した唯一のものと、後世、評価されるゆえんである。

しかしながら、この判決の結論に対する学界の評価は、概して、肯定的なものであった。まず、福田平教授は、判決が予見可能性は危惧感で足りるとしている部分には疑問を提起するが、判決の認定した事実から見れば、「食品製造業者としては、第二燐酸ソーダの購入にあたって規格にあわない食品添加物として相当でない粗悪類似品（松野製剤を含めて）が納入されることについての予見可能性があり、ここから、それを粉乳の添加物として使用すれば、その粉乳を飲んだ乳幼児の生命・身体に影響があることについての予見可能性があったといえるから、右のような意味での予見可能性を認めることができる。」と述べ、⁽¹³⁾ ついで、中教授は、本判決を、「単に漠然たる不安感・危惧感がそのまま、なんらの媒介物もなしに予見可能性の存在を意味するとした趣旨でもないようである。」として「本判決は、私見では、従来の判例理論から大きく外れるものであるとはいえないように思う。」とする。⁽¹⁴⁾ さらに、西原教授も「本件被告人について予見可能性を認める点については今回の徳島地裁判決を支持する」とする。⁽¹⁵⁾ いずれも、工業用第二燐酸ソーダの発注によって非規格品が納入される可能性があり、それは食品業者であれば予見可能であったとする二審の事実認定を基礎にした判断である。さらに内田教授は、工業用第二燐酸ソーダを用いる以上、薬剤の製造元の表示と容器の容量が変わっていたという事実は重大であり、そこから具体的予見可能性が認められるとする。⁽¹⁶⁾

これに対して、判決の認定事実からは予見可能性を肯定できないと最も明確に主張したのは、井上祐司教授であった。教授は本判決が「非第二燐酸ソーダの納入」を予見の対象と考えたことに対して、つぎのように疑問を提起する。すなわち、「具体的予見の対象とされた松野製剤の納入のおそれは、刑法的にみれば正にそれが人体に有害な物質であるという側面においてであると考えるべきであるから本判決が一方において松野製剤の予見不能、予見不要を

説きつつ、他方で、『人体に有害な物質の紛れ込む危険の予見可能性』を肯定するのは、一つの矛盾であるように思う。なるほど『多量の砒素』ではなく『有害な物質』を、また、納入されるおそれのある非第二磷酸ソーダのなかのさらに限られたある場合というようにして、二つの場合において抽象化や、蓋然性の程度に差等がつけられている。しかし、私は、具体的予見も構成要件の結果の予見も、理論的に同一レベルの問題であるから、…『多量の砒素を含有する物質の納入のおそれ』として考える必要があり、又それで十分であると思う。そして、そのおそれが肯定されれば、どちらの予見もありえたということであって、二つがわけて論定されることはありえないと思う。⁽¹⁶⁾と。さらに、『工業用を食品に添加することに伴う不安感』も「非第二磷酸ソーダ紛れこみ」も、「人体への有害性からみると、あまりにも漠然たるものでありすぎ、観念的形式論的にすぎる内容といつてよい。」とも述べる。⁽¹⁷⁾つまり、「工業用第二磷酸ソーダ発注」あるいは「非第二磷酸ソーダ納入」と「有害物質の納入」およびそれにとまなう「構成要件の結果発生危険性」は直結しないのであるから、「非第二磷酸ソーダ納入」の予見可能性をもって構成要件の結果の予見可能性ありとするわけにはいかないという趣旨と思われる。

5 判断の分岐点

もっとも、井上教授の批判は、必ずしも、予見可能性要件の枠組みにあるわけではない。むしろ、焦点は、事件当時の状況の下で被告人らに構成要件の結果発生危険感が存在したか否か（正確には、危険感を抱くべき状況にあったか否か）にあるようである。「工業用ではあっても通常の量産方法によって製造されたものはどのような悪い条件の下でも人体に有害な物質は含まれていないのであるから工業用だからということだけでは不安感の生じる根拠はない。現に、本件被告人らは『試薬一級に劣らない良い品質である』という納入者の指摘（高刑集一九卷二号二二二頁）と、第一回納入品についての純度分析（同二一八頁）によってそのことを確認しており、その結果被告人らは事

実として危惧感を解消していたと見るのが至当ではないであろうか。」という記述がそれを裏付ける。⁽¹⁸⁾

その点は、差戻前の一審判決でも、同様である。一審は「このようにひ素含有率の高い薬剤がこの注文に基づいて納入されたときにはそれは―注文者側から見れば―全く不測の事態ないし偶然的事故であるに過ぎず従ってこの注文につき注文者側に落度があったことによるものとはいえない道理である。けだし食品製造業者が食品添加物とか原材料とかを発注する場合といえども、全く不測の（すなわちいかなる者といえども、予期することのできない、従って危険性を全然感じていない）事故の発生しないことまでもあらかじめおもんばかって行動しなければならぬという負担を肯定することは余りにも不合理であるからである。」（傍点筆者）とし、人体に有害な程度のヒ素を含む薬剤が納入されているとの懸念を抱くことは「き、憂に過ぎず合理的感覚によつて支持される危険性としてはとても考えることのできないところであった」と述べている。つまり、本件事件の発生前は（言うまでもないが、「松野製剤」のような有害な偽物が出回る経験を積んだ現時点での問題ではない）、被告人らには規格品の発注や容器ごとの化学検査をしないとまずいと思えるような不安感・危惧感はなかった、と評価しているのである。

逆に、二審判決は、「食品に工業用を添加するのは不見識である」といった食品業者らの証言を捉えて、彼らがそのように考えるのは工業用という注文では「非第二磷酸ソーダ」が紛れ込む可能性があり、ひいては人体に有害な物質を含む品物が納入される危険があるからだと推論して、工業用の注文には不安感を伴うはずだ、あるいは、伴うべきだ、という判断を加えたのである。決して、被告人らに現実には不安感、危惧感があつたと認定しているわけではない。しかも、この判断は、必ずしも、食品業者らの常識であつたとは言えない。証言を見ると、工業用でも磷酸ソーダに関する限り、危険があるというとは思えないというものや、「松野製剤」と外観上変わりがないとされ、本件森永工場で使用されていた「米山化学で製造した第二磷酸ソーダ」であるならば、工業用第二磷酸ソーダでも、食品添加物として使用しても危険はない旨のものもあり、証人らの考え方は分かれているのである（しかも、これは事件

発生とその原因解明の後の証言であることに注意すべきである)。

この最大の争点を抜きにして、「工業用を使用する場合、構成要件の結果発生に関する不安感・危惧感を感じるのが当然だ」という判断から出発すれば、いかに「具体的予見可能性」を強調してみても、結論に差異の生ずるはずがない。その意味で、福田、中、西原の各教授が、この判断を前提にして、差戻審判決の結論に賛成したのは当然であった。なぜなら、この不安感・危惧感を契機にして、たとえば、各容器ごとに薬剤の化学検査をする慣行になっていたれば、被告人らはと素含有率の高い「松野製剤」を発見していたはずであり、そこから、乳幼児らに死傷の結果が生ずることに思いを致すことが、当然、予想されたからである。この場合に可能な結果の「予見」は、不特定・多数人に対するものではあるが、被告人らに致死傷の責任を問うに十分な具体性をもっているといわなければならない。つまり、「具体的予見可能性」があるのである。したがって、「具体的予見可能性説」も「危惧感説」も、前提を争わない限り、本件に関し同一の結論に至る。

しかし、そうであれば両説は実体法上の理論枠組みとしての相違を持たないのであるか。そうではないと思われる。しかし、この問題に踏み込む前に、同じく実務において予見可能性の有無が争われた北大電気メス禍事件をめぐる議論を見ておきたい。

注

- (1) 藤木「森永ミルク事件と過失犯論」警察研究四五卷三号(一九七四)一四頁。
- (2) ジュリスト三五二号(一九六六)二八頁以下。
- (3) ジュリスト四二二号(一九六九)藤木・過失犯の理論(一九六九)一八一頁以下処収。
- (4) 藤木・前掲書一九六頁。
- (5) ジュリスト四八〇号(一九七一)一〇三頁。
- (6) 法学協会雑誌七四卷一号、三号、四号・過失犯の理論三頁以下処収。

- (7) 藤木・前掲書五三頁。
- (8) ジュリスト四〇三号、四〇五号、四〇六号（一九六八）…過失犯の理論二二九頁以下処収。
- (9) 藤木・前掲書二六八頁以下。
- (10) ジュリスト四七九号（一九七一）九三頁など。
- (11) 藤木・警察研究四五卷三十一頁。
- (12) 福田平・判例評論一八六号（判例時報七四三号）一五九頁。
- (13) 中・ジュリスト増刊昭和四八年度重要判例解説一三八頁。
- (14) 西原・交通事故と過失の認定三八頁。
- (15) 内田・判例タイムズ三〇九号一〇六頁。
- (16) 井上祐司・因果関係と刑事過失一四九頁以下。
- (17) 井上・前掲書一五二頁。
- (18) 井上・前掲書一五三頁以下。

(二) 北大電気メス禍事件をめぐる議論

1 事件の概要と一、二審判決

この事件は、裁判所の認定事実によると、電気メスを用いた手術の際に、メス側のケーブルと対極板側のケーブルとを看護婦が誤って接続し、そのまま医師が手術を始めたため、併用されていた心電計の欠陥とあいまって、高周波電流に特殊な回路を生じ、患者の右足に高度の熱傷を与え、下腿切断のやむなきに至らしたものである。これについて、執刀医と看護婦が業務上過失傷害で起訴されたが、一審で前者は無罪、後者は有罪とされ、二審もその結論を是認して確定した。予見可能性との関係で問題となったのは、本件熱傷の原因が、事故当時、すぐには専門家でもわからなかったという事実である。認定されたケーブル誤接続という事実も、被告人の看護婦は否認していたの

であり、疑いなく確定されたものではない。⁽¹⁾しかも、ケーブルの誤接続があつてもそれだけで熱傷を生じるわけではなく（誤接続だけでは、単に、電流が逆に流れるだけであつて、対極板側に熱傷を必然的に生ずるわけではない）、心電計に安全装置がなかったこととあいまって、初めて、事故を生じるのであるから、判決の認定事実に立つても、構成要件該当結果の予見は容易でなかつたと思われるのである。

しかし、一審判決（札幌地判昭和四九・六・二九刑月六―六―七四二）は予見可能性について詳しく検討することなく、「ケーブルを誤つて接続するならば電流の流路に変更が生ずるなどして患者に対し危害を及ぼすおそれがないわけではないことを知りえた」とだけ述べて、即座に看護婦の過失を認めた。これに対して弁護人から控訴がなされたが、札幌高裁はこれを棄却した（札幌高判昭和五一・三・一八高刑集二九―一―七八。執刀医についても檢察官から控訴がなされたが、これも棄却されている）。予見可能性に関する弁護人の主張はつぎのようなものである。すなわち、一審は、ケーブルを誤接続すれば電流の流路に変更を生ずるなどして患者に対し危害を及ぼすおそれがないわけではないことを知りえたと判示し、この程度の認識で過失犯における予見可能性要件を充足するものとするけれども、「常識上、電気器械について誤接続をすれば器械本来の作動をしないとの認識は可能でも事故の発生を当然予想することはできない。さらに何らかの事故という無内容の不安を肯定したとしても、そのことから、何らかの危害が患者に及ぶかもしれないとの予測が可能であるか疑わしい。のみならず、以下の諸点、すなわち、（一）看護婦らにかぎらず医師らも電気手術器の原理を全く知らず、知らされていなかったこと、従つて各ケーブルをそれぞれの端子に接続することがいかなる電氣的意味をもつのかなどについて無知、無関心であつたこと、（二）電気手術器による本件のような事故は世界の医療史上かつてなく、医療従事者は電気手術器による医療事故の発生に思い及ぶことが全くなかつたこと、（三）本件のような医療事故は、ケーブルの誤接続だけでは起きる可能性がなく、心電計接地極の接地という条件のもとで誤接続をした場合にのみ発生するのであるから、専門家にも誤接続による事故の可能性を予測しなかつた

と推認されること、(四)本件事故当時事故原因としてケーブルの誤接続を想定した者がなく、むしろ応用電気の専門家は誤接続が事故原因であることを否定していたことを考慮すれば、同被告人の結果発生に対する認識について原判決のような認定をすることはできない。原判決のいう『患者に対し危害を及ぼすおそれがないわけではないことを知』るという意味は不安ないし危惧感を抱くということと同義と解されるが、かりに同被告人が右のような不安ないし危惧感を抱きもしくは抱きえたとしても、これをもって直ちに過失犯における結果の予見可能性を充足するものとすることは、過失犯の構造から予見可能性を排除した結果責任論に墮するもので失当である。』と。要するに、かりに、ケーブルの誤接続が被告人に認識できても、結果の予見可能性はないという主張である。(三)

これに対し二審判決は、まず、一般論として、「右にいう結果発生の予見とは、内容の特定しない一般的・抽象的な危惧感ないし不安感を抱く程度では足りず、特定の構成要件の結果及びその結果の発生に至る因果関係の基本的部分の予見を意味するものと解すべきである。そして、この予見可能性の有無は、当該行為者の置かれた具体的状況に、これと同様の地位・状況に置かれた通常人をあてはめてみて判断すべきものである。」と述べたが、本件の具体的な判断にあたつては、「過失犯成立の要件としての結果の予見可能性は、ある条件の下で発生すべき結果を逐一確定的に予見することが可能であることまでは必要とせず、本件についていえばケーブルの誤接続をしたまま電気手術器を作動させたときに惹起するかもしれない事態の一つとして傷害の発生をも予見することが可能であれば十分なのである。」と述べ、「本件において被告人：ないしその立場に置かれた一般通常の間接介助看護婦にとって予見可能と認められるのは、上述したようにケーブルの誤接続を経て患者の身体に流入する電流の状態に異常を来し、その結果患者の身体に電流の作用による傷害を被らせるおそれがあることについてであつて、その内容は、構成要件の結果及び結果発生に至る因果関係の基本的部分のいずれについても特定していると解される。」と結論づけた。

2 判決に対する学界の評価

本件の一、二審判決については米田弁護士⁽³⁾の論評があり、一審判決については町野教授、中谷教授、福田平教授などの評釈がある⁽⁴⁾。町野教授は一審判決に対してつぎのように述べている。すなわち、「ケープルの誤接続によって何らかの危害が患者に及ぶかもしれないという程度の予測は可能であった」とする判示に対し、「刑事過失が結果を生させたことに対する意思責任であることからすれば、故意の心理状態に対応した、より具体的な結果の予見可能性が必要だと考えなければならない。もちろん、個々の細かな因果経過については、故意犯においても認識が不要であるのと同じく、過失犯においても予見可能性である必要はない。しかし、『何らかの事故』『何らかの危害』が生ずるであろうという、漠然とした一般人の心理状態があったというだけでは、結果発生を行為者の行為に結び付けて帰責することはできない。」と。さらに、危惧感説を採用した森永事件差異審判決は「過失犯の心理状態を故意犯のそれとパラレルに考えるのではなく、行為者にどの程度の結果回避義務を課するのが合理的かという観点から、予見可能性の概念を規定しようとするものである。すなわち、『世人に対して安心感を与える』ことこそが結果回避義務の履行になるのだから、漠然とした不安感の存在こそがその義務の前提であり、予見可能性の内容であるとするのである。予想される危険の大小とその『対策』を論じる本判旨も、このような考え方を前提とするのかもしれない。」として、一審の判断と「危惧感説」の近似性を指摘するのである⁽⁵⁾。また、中谷教授も同様の指摘をする⁽⁶⁾。

さらに、米田弁護士の一審判決の見方も同様のものである。すなわち、「本判決は、何らかの落度があれば過失責任を生じるという立場を否定しながらも、誤接続により患者に危害を及ぼすおそれがないではないという漠然とした心理状態から、A看護婦の過失責任を肯定し、予想される危険に対応する措置を求める。町野助教授が、その論理に『新』過失犯理論（「危惧感説」を指す―筆者注）の投影をみるのを誤りとはいえないであろう。」と⁽⁷⁾。

この点は、明示的に「危惧感説」を排除した二審判決に対しても、変わらない。米田弁護士は、これを、「字づら

を追いかぎりは、結果の予見可能性を要求する伝統的過失犯論が堅持され、『新』過失犯理論は明らかに否定された、ということになる。⁽⁸⁾としつつ、「わたくしは、予見可能性による刑事過失の限定機能そのものにも懐疑的なのである。そして、この問題は、本件控訴審判決にも、はっきり現れている。」「どの部分を認識対象とするのか、つまり被害や『因果関係の基本的部分』としてどのようなものを取り上げるか、によって、結論はどのようにでも動く」と手厳しく批判するである。⁽⁹⁾

このように、この事件の各判決に対して表明された論評には、判決に批判的なものが多かった。それも、森永事件と異なり、二審判決が「危惧感説」を排斥したにもかかわらず、結論自体に反対の声が多かったのである。

3 判断の分岐点

この事件には、判決が確定した後、誤接続が原因であるとする事実認定に疑問が提起されている。⁽¹⁰⁾電気メスは、認定されてはいないが、対極板の装着不十分による熱傷発生の可能性もあるというのである。判決の結論に対する批判には、このような事情も影響しているのかもしれない。しかし、それはさておき、事故の原因が誤接続であったことを前提とした場合でも、看護婦の過失の有無につき判断は分かれるのだろうか。その点を検討してみよう。

この事件は、それまで電気メスでこのような事故の生じたことがなかったという点で、森永事件と類似した側面を持っている。しかし、被害の予想される者が特定された一人の患者であったことや、誤接続から熱傷発生までのメカニズムが事故当時しばらくわからなかったことなど、いくつかの点で、森永事件との違いがある。さらに、被告人が、森永事件と異なり、「危惧感を抱くべき事情」を認識していなかった事実も、見逃してはならない。森永事件では、それに危惧感を感じるかどうかはともかく、まがりなりにも被告人らは「工業用第二燐酸ソーダ」を発注し化学検査なしに食品用に使用していることを、認識していた。したがって、食品・薬品業界では食品用に工業用を使用す

ることは不見識であるという証言に依拠して、何とか、「危惧感を抱くべき状況」の認識を肯定することができた。しかし、本件の場合には、看護婦は誤接続という「危惧感を抱くべき状況」を認識していなかったのである。しかも、誤接続を現に認識していたとしても、そこから患者に熱傷が発生することまで思いを致すには、まだ、「安全装置のない心電計の併用による異常回路の発生」という媒介項が必要なのである、この認識を欠き、しかも電気関係の知識に乏しい看護婦にとって、誤接続から傷害結果の発生を予見することは、食品業者が薬品の化学検査をすること、死傷結果の具体的予見に到達することよりも、困難であったように思われる。要するに、出発点にある被告人の認識の内容が、森永事件よりももっと結果から遠いものであった上に、具体的予見に到達するのに必要な知識が、森永事件の被告人よりも、不足していたのである。

たしかに、ケーブル誤接続ということ自体をとれば、それは「不注意な」行為である。しかし、それによって熱傷という事態が生ずることを予測できる知識が被告人になれば、結果について被告人を非難することはできない。もちろん、判決も結果が予見できないのに有罪とするという論法ではない。しかし、誤接続から異常回路の発生を推測する事実の認識と知識のない者に、「電気メスのケーブルを誤接続すれば患者に何らかの傷害を生ずる」という連想を強いるのは、酷であろう。その意味で、これを有罪とした判決の論理には、構成要件の結果との関連の薄いミスから構成要件の結果が生じた場合、結果について責任をおわせるという、文字通りヴェルサリ・イン・レ・イリキタの思想があるようにも見えるのである。したがって、この判決が、結論自体に多くの批判を浴びたことも、ある程度、自然なように思われる。

注

(1) 看護婦のケーブル誤接続が事故の原因であるとする判決の認定に、専門家の立場から疑問を提起するものとして、泉正夫「北大電気メス事件の虚像と実像」中山研一・泉正夫編・医療事故の刑事判例（一九八三）三五一頁、とくに三六三頁以下。

- (2) 高刑集二九卷一八九頁以下。
- (3) 米田泰邦「医療における未知の事故とチーム医療における医師の刑事責任(上)(下)」判例タイムズ三一五号一九頁、三一六号四九頁(一九七五)、同「刑事過失の限定法理と可罰的監督義務違反(上)(中)(下)」判例タイムズ三四二号一一頁、三四五号一九頁、三四六号三四頁(一九七七)。
- (4) 町野朔「過失犯における結果の予見可能性と信頼の原則——いわゆる『北大電気メス禍事件』判決をめぐって——」ジュリスト五七五号(一九七四)七二頁、中谷瑾子「過失犯における予見可能性と信頼の原則」ジュリスト五九〇号(一九七四)一三五頁、福田平「電気メス器誤接続事件」医事判例百選(一九七六)一二二頁。
- (5) 町野・ジュリスト五七五号七六頁。
- (6) 中谷・ジュリスト増刊昭和四九年度重要判例解説一三七頁。
- (7) 米田・判例タイムズ三一六号五二頁。
- (8) 米田・判例タイムズ三四二号一六頁。
- (9) 米田・前掲一八頁。
- (10) 泉・医療事故の刑事判例三六三頁以下。

(三) 最高裁の判例

森永、北大の二つの事件の判決確定後は、前述のように、「結果とそれに至る因果関係の重要部分」の予見可能性を要求する「具体的予見可能性説」が判例、学説の大勢を占め、「危惧感説」の支持者は極めて少数のように見える。しかし、様々な事件の類型ごとに検討すると、問題はそう簡単でないことがわかる。以下、まず、近年の最高裁の判例を概観し、そのあと、森永、北大事件以後の公害、ガス爆発、火災などの事件に関する下級審の判例を検討して、予見可能性要件に関する実務の考え方を探ることにする。

1 弥彦神社事件

予見可能性の有無が争点になり最高裁まで争われたものとして著名な近年の事件には、①弥彦神社事件、②森永事件、③坂東三津五郎フグ中毒死事件、④給油作業の過誤に基づく失火事件（以下、給油過誤事件と呼ぶ）などがある。また、現在、熊本水俣病事件も上告中である。ここでは、①③④などの事件を取り上げて、簡単に検討する。

弥彦神社事件とは、新潟県の弥彦神社において大晦日から元旦にかけて二年まいりと呼ばれる参拝の行事があり、例年多数の参拝者が境内に参集する慣行になっていたところ、昭和三年元旦、この行事の一環として行われた餅まきの際に、この餅を拾って帰ろうとする参拝者の集団と、列車延着のため餅まきの開始に遅れて急いで広場に入ろうとする参拝者の集団とが石段付近で正面から接触したため、転倒者が続出し、そのため一二四名もの圧死者を出したという事件である。この事件について、餅まきの行事を企画した神社職員四名が、参拝者の雑踏整理にはほとんど意を用いず、適切な措置を講じなかったとして、過失致死罪で起訴された。

一審判決（巻簡判昭和三五・七・一五判時一一九—一〇九）は、かかる純粋な群衆事故の場合、その危険の認識がまだ社会の通念となるまでに普及していなかった当時においては、とうていその発生を予見することができなかったとして、被告人全員に無罪を言い渡した。しかし、二審判決（東京高判昭和三九・二・一九判時三八六—一四）はこれを覆し、予見可能性を肯定すると同時に事故防止のため当然とるべき措置を怠ったとして、過失致死の罪責を認めた。一、二審判決の判断の分岐点は、被告人らも現実認識していたと思われる「餅まき行事に通常伴う程度の群衆の雑踏、混乱」から、石段付近での両方向からの群衆の接触、転倒、死傷を予測できたか否かにあった。一審はこれを別異のものと解し、前者から後者への推論を不可能と考えたのに対して、二審は「この程度の認識さえあれば、おのずからこれに結びつけて前述の諸事情を正しくその本質にしたがって総合考察することができる契機が被告人らに存したと認めるのが相当であり、原判決のいわゆる『個々の事情をその危険との関連において意味づけ危険の有無

をあらかじめ判断することができる』立場に被告人らは置かれていたとすることができる。』と述べ、「極度に群衆を密集させると人身事故を生ずるおそれがある」という程度の「群衆災害に対する警戒心」で、予見の契機として十分と判断した。

これに対し最高裁はつぎのように述べた（最一小決昭和四二・五・二五刑集二一―四―五八四）。すなわち、「本件発生の当時においては、群衆の参集自体から生じた人身災害の事例は少なく、一般的にこの点の知識の普及が十分でなかったとはいえるにしても、原判決の認定することく、右二年詣りの行事は、当地域における著名な行事とされていて、年ごとに参拝者の数が増加し、現に前年〔昭和三〇年元旦〕実施した餅まきのさいには、多数の参拝者がひしめき合つて混乱を生じた事実も存するのであるから、原判決認定にかかる、時間的かつ地形的状況のもとで餅まき等の催しを計画実施する者として、参拝のための多数の群衆の参集と、これを放置した場合の災害の発生とを予測することとは、一般の常識として可能なことであり、また当然これらのことを予測すべきであつたといわなければならない。

したがつて、本件の場合、国鉄弥彦線の列車が延着したことや、往きと帰りの群衆の接触地点が地形的に危険な右随神門外の石段付近であつたこと等の悪条件が重なり、このため、災害が異常に大きなものとなつた点是否定できないとしても、かかる災害の発生に関する予見の可能性とこれを予見すべき義務とを、被告人らについて肯定した原判決の判断は正當なものというべきである。」と。

先にも述べたように、この事件における判断の分岐点は「餅まき行事に通常伴う程度の群衆の雑踏、混乱」から本件大惨事を予見することができたか否かにある。これについて一審判決は、被告人らが、餅まきに際して、餅を篝火付近に投げないように、餅を拾う人々の顔に餅が当たらないようにと配慮した事実を認定して、これに対する防止策を被告人らがつっていたと判断した。換言すれば、餅まきに伴う群衆の密集に対する危惧感は、被告人らも現実に有していたのであるが、それについては一応十分な配慮をしたものと被告人らは考えていた。つまり、この危惧感を払

拭すると思われる措置がとられていたのである。そして、現に、餅まき自体は、たいした混乱もなく、無事終了した。このような場合でも、先の危惧感から本件大惨事を予見することを、群衆災害について類似の先例に乏しい当時、被告人らに期待できたか否かが問題である。この点については、本件二審判決は、やや異質な危惧感を本件結果の予見の契機と解したように思われる。そして、森永事件上告審判決の以前に出された本件最高裁決定は、事実認定問題であるためもあるが、過度に一般化された二審の予見可能性判断を、あつさり、肯定した。そこには、予見可能性の内容に関する最高裁の無頓着な態度が見られるように思われる。

2 坂東三津五郎フグ中毒死事件

この態度は、三津五郎フグ中毒死事件および給油過誤事件にも見られる。フグ処理士の資格をもつ被告人が被害者に、その求めに応じて条例による禁止に反し、トラフグの肝約十数グラムを調理して提供し、その結果、中毒による死亡結果を生じたという前者の事件では、条例の禁止にもかかわらず、当時、トラフグ肝の毒は十分な水洗いなどで除去できると考えられていたこと、被告人は九年にわたりトラフグの肝を提供して事故がなかったこと、同時に同じ料理を食べた他の者には中毒は起こらなかったことなどを理由に、中毒死の予見可能性の有無が争われた。そこで、一番の有罪判決（京都地判昭和五三・五・二六判タ三七四―一五八）を受けた二審では、「被告人に対して過失責任を問ううえで前提となる結果の予見可能性は、傷害の点すなわち被告人が被害者にふぐの肝料理を提供することによって被害者がふぐ中毒症状を起すことについて存在すれば足り、致死の点すなわち被害者がふぐ中毒症状を起こして死亡するに至ることにについてまで必要とするものではない。後者は、ふぐ中毒症状を起したことで死亡との間に因果関係が存するか否かの問題として処理すべきものである。」（傍点筆者）と述べて、フグ中毒は、フグおよび被害者の双方について、個体差が大きいこと、水洗いでは無毒化しえないこと、条例に違反していること、調理師の間でも肝

を食用に供してはならないことが常識化していたことなどを理由に、その予見可能性を肯定した（大阪高判昭和五四・三・二三刑月一一三—一〇九）。

ここには、事実認定の問題以前に、（業務上）過失致死罪の要件たる予見可能性について傷害の点にのみ予見可能性があれば足りるのかという、法令解釈上の重大な問題があったのであるが、最高裁はつぎのように述べて、あっさり、上告を棄却した。すなわち、「原判決が、近時解明されてきたふぐの毒性、京都府におけるふぐ取扱いについての規制、府の行政指導に基づくふぐ料理組合における講習等その判示する諸事情に徴し、京都府のふぐ処理士資格をもつ被告人には本件とらふぐの肝料理を提供することによって客がふぐ中毒症状を起こすことにつき予見可能性があった旨判断したのは相当である」（傍点筆者）、と（最二小決昭和五五・四・一八刑集三四—三一—四九）。

過失致死罪を過失傷害罪の結果重犯化する 原判決の法律判断に、最高裁がまったく判断を加えなかった点について、前田教授は「最高裁が消極的にはあるが、原判決の、死の結果そのものではなく中毒症状についての予見可能性を問題にするという考え方を肯認した」ものと見る⁽¹⁾。しかし、中毒症状には様々な程度があり、しかも、本件のように被害者自らが口が痺れる程度の中毒症状を樂しむためにフグの肝を所望したような場合には、「軽い中毒症状」それ自体については被害者にも被告人にも「予見」があったと見るべきであるから、中毒症状一般を予見対象とする⁽²⁾と過失の否定される余地はなくなる。それどころか、「中毒症状」それ自体は現実に予見されていたのであるから、それが被害者の同意によって違法性を阻却されない⁽³⁾とすると、傷害致死罪の可能性も出てくることになる。逆に、「軽い中毒症状」については違法性がないとすると、過失致死罪の予見対象は「死亡の可能性を有する重大な中毒症状」に限るべきことになろう。にもかかわらず、フグ中毒症状一般という傷害の点についてのみ予見可能であれば過失致死罪が成立するとした原判決は、条例違反の結果加重犯、すなわちヴェルサリ・イン・レ・イリキタ法理そのものを採用したと見るべきであろう。最高裁は、このような責任主義一般にかかわる重大問題を、あっさり、見過ごし

たのである。ここにも、予見可能性問題に対する最高裁の無頓着な態度が見て取れる。⁽²⁾

3 給油過誤事件

後者の給油過誤事件はつぎのようなものである。被告人はガス会社の従業員として、市街地のクリーニング店前で、A重油約二〇〇リットルを同店表側に設置されている給油口から同店のボイラー用タンクに給油するため、電動式コンプレッサーを使って、店舗側給油口の開栓を失念したまま給油を開始したところ、コンプレッサーにつながっていたビニールホースが裂け、ホース内の空気と混合したA重油が霧状に飛散して店の中に飛び込み、カウンター越しに店内のストープにふりかかって引火し、瞬時に周辺の衣類等を燃え上がらせて店舗一棟を全焼した。

一審判決（今治簡判昭和五四・一〇・八刑月二一一―一六四）は、被告人に開栓失念の過誤があったことは認めたが、(一) A重油は引火性が低く屋外での引火は考えられないこと、(二) 開栓を失念してコンプレッサーを作動させた場合でも、接合部がはずれるかコンプレッサーが停止する可能性が高いのであって、事実、これまで開栓を失念したまま給油したことが三度あったが（行為者は別人）、いずれも、接合部がはずれて重油が漏出したにとどまったこと、(三) したがって、ホースが破裂し適量の空気と混合したA重油がそこから霧状となって飛散する可能性は低いこと、(四) 噴出したA重油が一つの方角にまとまって店舗内に飛び込み、カウンター越しにその奥にある石油ストープに飛散する可能性は低いことから、本件火災は「偶然の上にも偶然の積み重なった正に稀有な事態」であったとして、その予見可能性を否定した。

これに対し、二審判決（高松高判昭和五五・一一・二六刑月二一一―一六四）は、「各事象の生起が偶然であつても、あるいはその偶然の事象が一時に重疊的複合的に生起しても、直ちにその事象ないし結果発生認識予見があつたこと、そうでなくてもその予見ができたことを否定すべき証左といえないのみでなく、給油口の開栓を失念

したまま給油を開始した過誤により、本件火災が発生するに至る途中の過程で、偶然の事象が複数生起したことにより、火災が発生する危険の割合（確率）が小さかったとしても、その危険発生が認識予見されていた以上、そうなくともその予見ができた以上、A重油の配達給油業務に従事する被告人としては、火災発生の危険を防止するため、重油漏出抑止義務を尽くすべき業務上の注意義務があるというべき」と判示して、本件火災発生の予見可能性を肯定し、業務上失火罪の成立を認めた。

これについて、最高裁はつぎのように述べて、弁護人の上告を棄却した。すなわち、「被告人が、住宅・店舗の密集地域において、路上の車からA重油を店舗内に給油するに際し、店舗外壁に設けられた給油口を開栓せずにコンプレッサーを作動させたため、給油口に連結したビニールホースが裂け、二リットル程度のA重油が霧状となって飛散し、たまたま店舗内にあった燃焼中の暖房用ストーブに降りかかり、その火が引火し、店舗等が火災により焼燬したという場合において、右給油作業の過誤が近隣に存することあるべき火気と相まって火災を惹起することにつき、予見可能性があったとした原判決の判断は相当である。」と（最二小決昭和五七・一一・八刑集三六―一一―八七九）。

本件の判断の分岐点は、「要件としての予見可能性」を充足するのに必要な「予見」の内容をどのようなものと理解するかにある。最高裁はこれについて、「右給油作業の過誤（給油口を開栓せずにコンプレッサーを作動させたこと）が近隣に存することあるべき火気と相まって火災を惹起することであると解した。なるほど、これ自体に異論の余地はない。しかし、問題は、本件のように給油作業の過誤があっても「火災の惹起」が確定的なものでない場合に、どの程度の「結果発生の可能性の認識」があれば「予見」といえるかにある。一審は、過去の類似の事例から、本件のような過誤があっても、接合部がはずれるかコンプレッサーが停止するかのいずれかの可能性が大であって、そこから火災が発生することは「偶然の上にも偶然が積み重なった正に稀有な事例」と評価しているところをみると、本件において被告人に認識可能な「結果発生の可能性」は、ゼロとはいわないまでも、限りなくそれに近いもの

と判断し、そして、そのレベルの「可能性」では「予見」の要件を充足しないと考えたのである。これに対し、二審は、この可能性がいかに小さくても「重油漏出抑止義務」があり、それを怠って火災を発生させた被告人には、注意義務の違反、ひいては業務上失火罪の成立が認められると考えたのである。もちろん、その背後には、認識可能な「結果発生の可能性」の判断自体に違いがある可能性もある。しかし、法律解釈としては「いかに小さい可能性の認識でも予見を充足する」という部分が、二審判決の考え方だと見ざるをえない。

これは森永事件における「危惧感」とも質の違う問題である。森永事件における「工業用第二燐酸ソーダを食品に使用することに伴う危惧感」は、二審の高松高裁の判示にもかかわらず、「予見」そのものではない。むしろ、化学検査という情報収集措置を被告人らにとらせる契機となるものであり、それを通じて得られる認識は、不特定・多数の客体に関するものではあるが、故意・結果犯の責任を負わせるに足る程の「具体的な」ものである。つまり、被告人らには、かりに「工業用」使用に十分な危惧感を感じるのが当然であるとすれば、化学検査という手段を通じて十分な具体性のある「予見」が可能なのである。では、本件の被告人にそのような「予見」が可能であっただろうか。

たしかに、給油開始時のちょっとした気の緩みから給油口の開栓を失念した被告人にはミスがあった。ところで、かりに被告人がこのミスに気づいて、それにもかかわらず、コンプレッサーを作動させたとしたら、被告人は放火罪の故意を有することになるであろうか。A重油は消防法二条七号にいう「危険物」であり、その漏出や飛散は危険物に関する政令や都道府県の火災条例によって禁止されている。しかし、過去の経験などから「漏出」が予見されたとしても、A重油の引火点が低い（摂氏六〇度）ことや、家屋外には火気がなかったことなどから見て、すぐさま火災の発生が予見できるとは思われない。せいぜい、「霧状に飛散」することが予見できて、初めて、店舗内にあることが予想される火気（事件当日は外気温摂氏八・八度であった）と相まって火災が発生するであろうと予見できるにすぎない。そうすると、被告人に火災発生の責任を負わせるためには、本件A重油の「霧状に飛散」を決定づけた条件

についても、その存在の可能性が認識されなければならない。過失責任であれば、その認識可能性が、最低限、必要であろう。本件の場合、過去の事例と異なりビニールホースが裂けやすく、コンプレッサーの圧力も高かったという事情であろうか。

これらの事情が被告人に認識可能であったか否かを二審は検討せずに、先のような論法で結論を導いた。そこにも、失火罪を重油漏出抑止義務違反の結果加重犯とする思想が見て取れるように思われる。つまり、失火罪という結果犯を根拠づける「予見」の程度と、危険犯にとどまる消防法や関連する政令、条例の違反を根拠づける「予見」の程度とに差がないという考え方である。これもまた、一種のヴェルサリ思想であり、これをあつさり肯定した本件最高裁決定も、予見可能性問題に関するその無頓着を示したもののように思われる。⁽³⁾

4 追突事故事件

もつとも、最高裁の判例があらゆる分野においてこの問題に無頓着であるとはいえない。自動車事故における「信頼の原則」の適用においては、最高裁は、他の分野と比較して、過失を大幅に限定していると見られる。⁽⁴⁾さらに、被害者との間でなくても、他の交通関係者に対する信頼は尊重されている。一例として、追突事故に関する判決（最一小判昭和五六・二・一九判タ四七三—一〇六）を挙げよう。事案は、夜間、直線国道上を、前照灯を下向きにして、制限速度五〇キロメートルのところを七〇キロメートルで走行していた被告人が、約二五メートル手前で、車道の片側をほぼ完全にふさぐ形で駐車していた無灯火の車両を発見し、右転把したがおよばず、自車を追突させて、その結果同乗者四名のうち二名を死亡、二名を負傷させたというものである。これについて、一、二審とも、被告人の過失の程度は軽くないとして、禁錮一年の実刑を言い渡した。

これは対し、最高裁はつぎのように述べて、原判決を破棄し、差し戻した。すなわち、「暗い国道上に右のような

状態で駐車している車のあることは、通常の運転者の予想しえない異常な事態というべきであるから、原判決のように、被告人に軽度といえない前方注視義務の違反があるとするためには、被告人にとって、かかる路上の障害物を発見してこれとの衝突を未然に回避することが、それほど困難でなかったといえる場合でなければならぬが、「下向きの前照灯の照射距離は、せいぜい四、五〇メートルにすぎず、他方、右の速度で乾燥したアスファルト舗装道路を進行する自動車の運転者が、路上の障害物を発見してから急制動により自車を停車させるには、通常約五〇メートルを要すると計算されていることなどに照らすと、被告人において、十分に前方を注視していても、重松車（駐車していた車両のこと―筆者注）との衝突を回避するに十分な距離内においてこれを未然に発見することは、はなはだ困難なことと思われ、むしろ不可能ではなかったかといえ疑われるのである。」（傍点筆者）と。

しかし、路上に障害物が存在する可能性は、皆無とはいえないのであるから、本件において、駐車車両の態様の異常性を強調しないで、「路上障害物」一般の可能性を前提にすれば、むしろ、十分に前方を注視していても適時に停止できないような速度で走行していたこと自体が、予見可能性を根拠づける事情となるはずである。もちろん、その点は判決も考慮しており、「当時の道路状況に照らして不相当な速度で運転したことなどを内容とする過失の成立する余地のあることは別として、本件訴訟にかかげられた前方注視義務違反の過失があるといえるのかどうかは疑問」と判示しているのであるが、少なくとも、夜間の国道上でこの車のように大きな障害物が、警告灯もなしに、存在しているという可能性は小さいと見たからこそ、最高裁は、これを「通常の運転者が予想しえない異常な事態」と評価したのであろう。そこには、ある事態の存在の可能性が経験上どの程度かという判断に応じて、要求される情報収集措置の違反の有無を論じようとの姿勢が見受けられる。もし、いかに小さくとも障害物の存在の可能性がある以上、事故の予見可能性が肯定されるという前提に立つのであれば、このような主張は無意味であり、本件をわざわざ差し戻す必要はなかったはずである。換言すれば最高裁は、自動車事故などの分野では、予見可能性問題に十分な配慮を

払っていると見受けられるのである。⁽⁵⁾

以上の検討をまとめると、つぎのようになる。すなわち、予見可能性に関する最高裁の判例は、自動車事故以外の分野では、一般に、原判決の有罪判断をあっさり認める傾向にあるのに対し、自動車事故などの分野では、いわゆる「信頼の原則」を介さなくても、過失を限定的に認める傾向にある。前者のケースにおいて、しかし、予見可能性要件に関して一般的な定義を示したものはなく、むしろ、この分野においては、下級審がヴェルサリ法理を採用したかのような判断を示しても、あえてこれに異を唱えることはしない。その結果、最高裁は、この要件の定義に対し、無頓着な態度を示しているように見えるのである。そのため、予見可能性要件をめぐる法状態は、決して、安定していない。したがって、現時点では、この課題は、下級審判決の集積に委ねられているといえる。

注

(1) 前田雅英「坂東三津五郎フグ中毒死事件決定」ジュリスト増刊昭和五五年度重要判例解説（一九八一）一六九頁。もっとも、佐藤文哉調査官は「本決定は、この点について法律判断をしているわけではないから、この点についての判例性はもたない」とみるべきであろう。」と述べる。最高裁判所判例解説刑事篇（昭和五五年度）（一九八五）七九頁。

(2) 伊東助教教授も、「二審判決の説示は「なお」書きのまま通してしまうには重大過ぎるもののように思われる。」と見る。伊東研祐「ふぐの肝料理を提供することによって客がふぐ中毒症状を起こすことにつき予見可能性があったとされた事例（所謂坂東三津五郎ふぐ中毒事件）」警察研究五三巻一号（一九八二）七五頁以下。

(3) 本最高裁決定に関する評釈として、飛田清弘「給油作業の過誤と火災を惹起することについての予見可能性」警察学論集三六巻六号（一九八三）一四〇頁、佐伯仁志「給油作業の過誤による火災発生の予見可能性があったとされた事例」警察研究五六巻五号（一九八五）五〇頁、森岡茂「給油作業の過誤による火災発生の予見可能性があったとされた事例」最高裁判所判例解説刑事篇（昭和五七年度）（一九八六）三〇五頁、松宮「給油作業の過誤による火災発生の予見可能性が肯定された事例——危惧感と予見可能性の關係——」甲南法学二五巻一号（一九八四）三五頁。

(4) 「信頼の原則」適用を肯定した最高裁の裁判例としては、以下のものが挙げられる。最一小判昭和四一・六・一四刑集二〇

一五—四四九（醉客に対する駅員の過失に関するもの）、最三小判昭和四一・一二・二〇刑集二〇—一〇—一二二、最二小判昭和四二・一〇・一三刑集二一—八—一〇九七、最三小判昭和四三・一二・一七刑集二二—一三—一五二五、最三小判昭和四一・一二・二四裁集一六九—九〇、最三小判昭和四五・三・三一刑集二四—三—九二、最一小判昭和四五・九・二四刑集二四—一〇—一三八〇、最三小決昭和四五・九・二九裁集一七七一—一八五、最三小判昭和四五・一一・一七刑集二四—一二—一六二二、最二小判昭和四五・一二・二二裁集二六一—二六五、最二小判昭和四六・六・二五刑集二五—四—六六八、最一小判昭和四六・一〇・一四刑集二五—六—八一七、最一小判昭和四七・一一・一六刑集二六—九—五三八、最一小判昭和四八・三・二二刑集二七—二—二四〇、最三小判昭和四八・五・二二刑集二七—五—一〇七七、最三小判昭和四八・一二・二五裁集一九〇—一〇二一。

(5) 類似の事案に関し原判決を破棄したものと、最三小判昭和五四・一二・四判時九五四—一二四。この事件の確定判決（広島高判昭和五七・二・二五判タ四六八—一三六）は、被告人に前方不注意の事実があったことは認めたが、障害物との衝突が回避可能な時点でその存在を認識することはできなかったとし、かつ、減速走行義務も否定して、被告人の過失を否定した。

(四) 下級審の動向

1 公害関係の判例

いわゆる「構造型過失」と呼ばれ、「危惧感説」の支持者が自説を支持するものとしてしばしば引用する食品公害に関するカネミ油症事件の一、二審判決、および、熊本水俣病事件の一、二審判決が、ここでの検討に値しよう。

カネミ油症事件とは、カネミ倉庫株式会社が製造した米ぬか油の中に熱媒体カネクロール（PCB）が混入していたために、これを摂取した約八九〇名の人々が有機塩酸中毒を起こしたというものである。これについて、当時の工場長と社長が業務上過失傷害罪で起訴された。一審判決（福岡地小倉支判昭和五三・三・二四刑月一〇—三—三三三）⁽¹⁾

は、工場長の過失は肯定したが、社長については、米ぬか油の製造技術面で全面的に工場長を信頼しておりかつ工場長に具体的な指示を与えたりチェックをする能力を有しておらず、結局、カネクロールによる本件結果の発生について予見可能性がなかったとして、無罪を言い渡した（社長については検察官控訴がなく確定）。因果関係および予見可能性の有無を争ってなされた工場長からの控訴に対し、二審判決（福岡高判昭和五七・一・二五刑月一四—一〇二—二六）もまた、これらの存在を肯定して控訴を棄却し、これによって本件は確定した。

認定事実によれば、本件事故発生の原因は、工場長が独自の判断で脱臭装置の加熱炉の構造変更を行い、そのため熱媒体であるカネクロールが過熱されて塩酸が発生し、これがパイプを腐食させて小さな穴をあけ、その穴からカネクロールが油の中に漏出したことであつた。予見可能性認定において問題となつたのは、この腐食孔発生の予見可能性とカネクロールの毒性の認識可能性であつた。とくに、腐食に関しては、被告人は本件パイプの材質が、事実にして、腐食に強いSUS33鋼であると信じていたという事情があつた。

これについて二審判決はつぎのように述べた。すなわち、「過失犯における結果回避義務の前提となる予見可能性が、当該事件において具体的に発生した因果関係及び結果についての予見可能性でなければならないことは所論のとおりであり、これと異なる因果関係及び結果についての予見可能性ということはそもそも無意味であつて、これと置換することが許されないことはいうまでもない。問題は、具体的に発生した因果関係の因果の経過を構成する事実の全部が予見可能であることを要するのか、その一部で足りるとすればどの範囲をどの程度に予見可能であることを要するかにあるが、この点に関しては、因果の経過を構成する事実の全部あるいは因果の具体的機序の細部についてまで予見する必要はなく、因果関係の基本的部分についての予見があれば足りると解するのが相当である。これを本件についてみるに、本件蛇管の材質上及び熱処理上の欠陥すなわち本件蛇管が固溶化熱処理の施されていないSUS32鋼によって作成されていたこと、右蛇管に対する強い腐食雰囲気的作用、すなわちカネクロールの過熱分解によって

発生した塩化水素ガスと蛇管内カネクロールに混在する水分と合して生成した塩酸が作用して粒界腐食を招来したことの二条件が寄与して形成されたと認められるが、そのうちの基本的部分は、本件蛇管がカネクロールの過熱分解によって生成した塩酸の作用で腐食することであり、この点の予見があれば、結果の予見可能性を肯定するに十分で、これを超えて腐食の経過、機序あるいは種類、性質等に関して認識する必要はなく、その認識の欠如があったとしても予見可能性を肯定する妨げにはならないというべきである。そして、……被告人は本件蛇管の材質に関して誤解をし、ステンレス鋼腐食の機序や種類、性質に関して詳細を知らなかったけれども、カネクロールの過熱分解によって装置内に塩酸が生成する可能性があること及びSUS33鋼といえども塩酸によって腐食することは知っており……、したがって、本件蛇管腐食の予見可能性は十分肯定しうる」としたのである。

さらに、カネクロール（PCB）の有害性の認識可能性については、「本件油症事件が生起するまでは、被告人もその他の関係者もすべてカネクロールに本件被害の結果を惹起するほどの毒性があるとまでは知らなかったことが明らかであって、PCBの毒性の予見可能性というものを具体的な本件被害を惹起する毒性の予見可能性の意味でみるときは、被告人がこれを予測することは客観的にも不可能であったといわなければならない。」としながら、「右毒性の予見可能性の問題は、結果回避義務を認める前提としての予見可能性、換言すれば、カネクロールに関しどの程度の毒性を予見したときに結果回避義務を肯定するのが相当であるかの問題に外ならない。そして、一般的にいえば、物質の有する毒性はその物質により複雑多彩な内容が考えられるが、右毒性の内容に未知の部分が多ければ多いほどその物質を使用することによって生起する結果を具体的に予測することができない反面、生命や身体に対する危険感、危惧感は増大する傾向にあると考えられるから、このような場合、結果に対する因果の機序や被害の態様、程度などの詳細を逐一具体的に予測することまで要求するのは相当でない。しかしながら他面、何事かは特定できないがある種の危険が絶無であるとして無視するわけにはいかないという程度の漠然たる不安感、危惧感を感じる程度では

足りず、少くとも身体の生理的機能を障害するに至ることの予測は必要とし、かつ、これをいって足りると解するのが相当である。」(傍点筆者)と判示して、被告人がカネクロールを体内摂取した場合には下痢をする程度の影響があることを知っていたことから、身体の生理的機能を障害する程度の毒性の予見は可能であったとした。

この判決については、森永事件と異なり、「具体的予見可能性説」に立つ通説の側からも、とくに異論は出ていないようである。⁽³⁾しかしながら、二審判決の説示には、いくつか理論上の疑問を挙げることができる。まず、カネクロールの過熱による腐食の予見可能性については、工場長がパイプの材質を誤解していたことが予見可能な結果発生の範囲、規模に影響を与えないか否かという問題がある。何らかの範囲の被害が出ることは予見できたとしても、予測される腐食の程度が小さくなるため、生じた結果は予見可能な結果より大きくなる可能性があるからである。ちょうど、故意犯で考えれば、半径百メートル以内の人間に殺傷能力がある爆弾を、その殺傷能力は十メートル以内であると誤信して爆発させたような場合である。このような事情は、少なくとも量刑では、被告人に有利に考慮されなければならないであろう。しかし、それでもなお、個人法益に対する罪である殺人罪、傷害罪、あるいは過失致死傷罪について、個々の被害者ごとに各罪の成立を論じてから科刑上一罪で処理するのではなく、すべての結果について犯罪の成立を認めてから、量刑で処理するという方法が許されるものか、疑問は残る。

つぎに、被告人には現に発生した程度の被害については予見可能性はなかったとしながら、身体の生理的機能を障害することの予測で足りるとした点にも、疑問がある。第一に、なぜ、判決は、現に生じた結果についての責任を負わせることが問題なのに、その予見は不可能でもかまわないと考えたのだろうか。第二に、なぜ、判決は、生理的機能障害の予測可能性ではなく、予測を必要十分条件としたのだろうか。そもそも、森永事件と異なり、食品添加が予定されていなかったPCBについて、事件当時、人間が経口摂取した場合のデータがなかったとしても、それは当然である。⁽⁴⁾したがって、事件当時の科学知識を前提にして、これを経口摂取した人間に生ずる具体的な被害につい

て、被告人に認識を求めるのは、不可能である。しかしながら、皮膚や空気を經て摂取した場合の毒性に関しては、被告人もこれを認識していたし、体内摂取の場合は下痢などの症状を起こすことは知っていた。かりに、この認識を前提にし、何者かがPCBを食品に添加して大量に販売したとしたら、彼は故意の傷害罪の責任を負わないであろうか。つまり、被害の範囲やその程度について特定はできないけれども（それでも、その製品の流通する範囲というおおよかな特定はある）、生理的障害を起こすことがすでに認識されている物質を、いわば大量の人体実験に供して、その効果を確認するようなものである。その場合に本件のような範囲と程度の被害が出たとしても、それは行為者にとって、決して、「意外な結果」ではないように思われる。したがって、それについて故意結果犯の責任を問われても、それは「意外な結果」ではないであろう。すなわち、この場合、現実の結果が、やや漠然とはあるが、予見されていたのである。ならば、腐食孔からPCBが米ぬか油に混入することが予見可能であり、かつ、PCBの毒性について判示のような認識が存在する場合には、現に生じた結果について、予見可能性があったと判断すべきであろう。この判決には「予見可能性」と「予見」との概念上の混同があるように思われる⁽⁵⁾。

熊本水俣病事件は、現在、上告中である。しかし、この一、二審判決（熊本地判昭和五四・三・二二刑月一―三―一六八、福岡高判昭和五七・九・六高刑集三五―二―八五）には、予見可能性に関する限り、理論上の疑問は少ない。これについて前田教授は「私は、具体的予見可能性を要求する立場を堅持しつつ、水俣病刑事事件については十分過失責任を肯認しようと考える。」と述べている⁽⁶⁾。しかし、問題は、同じく公害事件として不特定・多数の人々に結果をもたらしながら、なぜ、本件が、森永事件やカネミ事件と比較して、予見可能性に関する疑問が小さいにある。これについては、本件の公訴事実を知らねばならない。

本件公訴が犯罪の実行行為として特定したのは、昭和三三年九月初めから昭和三五年六月末ごろまでの、チッソ水俣工場からの塩化メチル水銀を有する排水の排出行為であった。起訴されたのはチッソの社長と水俣工場の工場長で

あるが、この昭和三三年九月初めまでには水俣病による死傷者が続出しており、すでに、それに先立つ昭和三一年一月三日には、原因究明に当たっていた熊本大学医学部水俣病研究班の中間報告会において、水俣病はある種の重金属による中毒性疾患であり、この重金属により汚染された水俣湾産の魚介類を摂食することによって発病する旨の発表がなされていた。さらに、昭和三二年三月三日には、参議院社会労働委員会において国立公衆衛生院の疫学部長から、水俣病の原因について熊本大学医学部水俣病研究班はチッソ水俣工場の排水も疑って研究を続ける必要があるとして、土壌、海水を分析している旨、昭和三三年六月二四日には、同委員会において厚生省公衆衛生部長から、水俣病はある種の金属による脳症を起こす中毒であり、その原因物質の発生源としては同工場の排水が最も推定される旨の各説明がなされ、同年七月七日厚生省において同省公衆衛生局長名で通産省、熊本県知事等関係行政機関に対し、これまでの研究成果により、水俣病はチッソ水俣工場の廃棄物が水俣の湾港泥土を汚染し、その廃棄物に含まれている化学毒物と同種のものによって有毒化した魚介類を多量に摂食することによって発症する中毒性脳症であると推定される旨指摘していた。それにもかかわらず、被告人らは、塩化メチル水銀を含む工場排水を昭和三六年六月末ごろまで、排出し続けたのである。つまり、本件公訴事実にある昭和三三年九月ごろには、水俣病の原因が同工場の排水にあることを推測させる警告的表象は十分過ぎるほど存在したのであって、むしろ、死傷結果について未必の故意の存在も疑われるほどだったのである。⁽⁸⁾したがって、予見可能性に関する問題性が少ないのは当然のことであると言わねばならない。

予見の対象について、一審判決はつぎのように述べている。すなわち、「水俣工場の工場排水中に含有する、工場原料・製品・設備等から排出される何らかの化学物質が水俣病の原因になっており、このような工場排水が流出する周辺海域で捕獲した魚介類を摂食することによって、水俣病が発症するものであることを予見できれば十分である。」と。また、二審判決も「人が水俣工場の排水中に含有される有毒物質により汚染された魚介類を摂食することによ

て、水俣病に罹患し、死傷の結果を受けるおそれのあることの予見があれば、業務上過失致死傷罪の注意義務構成の予見可能性として欠くところはなく、所論のようにその有毒物質が一定の脳症状を呈する特定の化学物質であることの予見までも要するものではない。」と判示する。そこには、予見そのものと予見可能性との混同も見られるが、要するに、この程度の法則的な関連が予見されれば人はそれを死傷結果発生のための手段として用いることもできるのであり、したがって、この程度の予見を持ちつつ排水を排出し続ける場合には、故意の死傷罪の責任が問われうるのであり、過失致死傷罪の予見可能性の要件である「可能な予見」の内容も、この程度で十分だということである。しかも、本件では、水俣病の原因たる特定の化学物質の認識も、被告人らにとって、必ずしも、不可能であったとは思われない。前述のように、工場排水中の何らかの物質が水俣病の原因であることを示唆する警告的表象は、すくなくとも昭和三三年九月までには、被告人らにとって十分存在したと思われるのであるから、これを契機にして工場排水の内容を分析するなり、それをしかるべき機関に依頼するなりして、原因物質たる塩化メチル水銀の存在を認識することは、十分、可能であったようにも思われる。

このように見ると、本件は、実行行為時までに存在したと思われる警告的表象の程度において、森永事件とは格段の差があることが明らかである。しかし、それにもかかわらず、本件一、二審判決には、「原因物質が有機水銀化合物であることの予見は不可能であったとしながら、なお予見可能性を認めたのは、実質的には、危惧感説的な、幅のある予見可能性認定をしたものと考えられる。」とする見方が存在する。⁽⁹⁾そして、このことが、本件一、二審判決は「危惧感説」を採用したものであり、かつ、それは「危惧感説」の妥当性を裏付けるものであるとの主張に結び付いてゆく。⁽¹⁰⁾しかしながら、これは奇妙な立論だといわねばならない。たしかに、当時発表されていた研究の中には、塩化メチル水銀が水俣病の原因物質であること、および、それが工場内のアセトアルデヒド製造過程の途中で生じたものであることを特定するものはなかったかもしれない。しかし、これは、かりに被告人らが警告的表象をまじめに受

け止めて、自社の工場排水の化学分析を行った場合でも、その認識が不可能であるということまで意味するものではないはずである。ここにも、予見そのものと予見可能性とを混同する姿勢が見受けられる。また、かりにそのような詳細な認識が不可能であっても、「具体的予見可能性」にいう具体性は、本件の場合、そもそも、そこまで要求するものではない。死傷結果について故意犯の責任が負わせられる程度の具体性でよいのである（もともと、ここでも、不特定・多数の客体に対する故意犯特有の問題がある。これについては、次章で検討する）。

このように、同じく公害事件といっても、予見可能性をめぐる問題状況は同一ではなく、場合によっては、比較的無理なく予見可能性が肯定できることもあるのである。⁽¹⁾

2 いわゆる都市災害関係の判例

ここでは、多数の死傷者を出した東京の板橋ガス爆発事件一審判決（東京地判昭和五八・六・一判時一〇九五―二七、確定）と大阪の天六ガス爆発事件一審判決（大阪地判昭和六〇・四・一七判時一一六五―二八、控訴中）とを検討する。これらは、いずれも、地下鉄工事に伴うガス管からのガス漏出による爆発事故であるが、工事関係者が前者は無罪、後者は有罪となったことで、その判断の相違が何に基づくものかが興味を呼ぶ点である。⁽²⁾

前者の事案はつぎのようなものである。地下鉄建設のための掘削に際して宙づりになったガス管を地下構造物完成後に埋め戻すとき、これを支えるために鳥居建と呼ばれる木製の支えがガス管の下に入れられたが、これが土圧の偏りや地上を通行する自動車の重量などの影響でしだいに傾き、ついにその一部が外れて、その結果ガス管の弱い部分が折れるに至った。そして、そこから噴出したガスの一部が民家の冷蔵庫の火花に引火して爆発し、さらに一部は路上に噴出して爆発した。その結果、最初に爆発した家屋の一家五名全員が焼死ないし一酸化炭素中毒死したほか、付近住民三名が重傷を負った。この事件について、鳥居建の構築工事に携わった建築会社の専職班長と元請会社のガス

管防護作業の現場監督および工事発注者である東京都交通局の施工監督者と防護作業の立会確認および巡回点検の任にあたっていたガス会社の係員が、いずれも、業務上過失致死傷罪で起訴された。

本件の最大の争点は鳥居建傾斜によるガスパ折損の予見可能性であった。これについて、判決は、まず、つぎのように必要な予見対象を整理する。すなわち、「本件中庄ガスパ折損が折損すれば、いかなる経路によるかはともかく、ガスが住宅密集地域の直中に噴出し、そのため爆発による火災あるいは一酸化炭素中毒等により人の死傷の結果を招来する可能性があることは何人も容易に予見することができたところというべきであるから、本件死傷の結果についての予見可能性の有無は、本件ガスパ折損の事態が予見可能であったか否かを検討することによって判断しようというべきである。」「過失犯成立のためには現実には生じた結果に至る具体的な因果の経過全部についての予見可能性が必要とするのではなく、因果関係の重要な部分に対するそれを以て足りると解すべきところ、右重要な部分とは、因果の経過のうちで、その『事実』が予見できる場合は一般人にとって、通常、構成要件の結果（ないしはこれを予見せしめ得る他の『重要な部分』）に対しても予見可能性があるといえる『事実』を指すものと解するのが相当である。そして、右のとおりガスパ折損はまさにかかる『事実』に該当する」と。

そして、これに関して被告人らの予見可能性の有無を検討し、「埋戻段階において本件各鳥居建はかなり傾斜移動したものの、手直しされた以上ガスパを支持し得る状態になったものと考えられ、これが埋戻終了後なお傾斜横移動してガスパを支えられなくなることは、工事関係者、学者・研究者その他専門技術者ら、さらには鳥居建設設計者にとつてすら予見しえなかったのであるから、前記被告人らの経歴に照らして明らかとなり、本件当時においてそれぞれの職種の経験が比較的短かい末端の鳶職人、現場監督あるいはガス施設の確認点検の係員にすぎなかった被告人らにこの事実の予見が可能であったと考えることは困難であるといわなければならず、他に右可能性をうかがわしめる証拠はないのである。」「以上により被告人らは客観的にも主観的にもこのような事実についての予見可能性を欠いて

いたと結論することができ。」と述べたのである。

もっとも、この判決は、付言として、本件鳥居建が高くて不安定でしかも工事現場の深さがかつてあまり経験されることがないほど深いものであったことなどを指摘して、「右のように殆ど経験されたことのない条件下の工事であるのかかわらず、従前からの受防護方法を若干の手直しをただけで使用したところに最大の問題が存した」と述べて、交通局およびガス会社の受防護策定に關与した者および元請建設会社の埋戻担当者並びにこれらを監督して事業施行の衝に当たった各企業の責任者はいずれも社会的非難に値する事由を有していた、とも述べており、読む者に、かりにこれらの者が起訴されておれば有罪判決が下されたのではないか、と思わせる余地を持っていた。

後者の天六ガス爆発事件の事案はつぎのようなものである。すなわち、地下鉄工事の際に宙づりにされた中圧ガス管が、何らかの原因により、湾曲したその継手部分から抜け出し、大量のガスが噴出して、それが何らかの原因で引火・爆発し、その結果、付近住民七九名が死亡し三七九名が負傷した。この事故について建設会社の作業所長、現場監督、企画主任、それに継手抜け出しの直接の原因を与えたと見られたドーザー・ショベルの運転手など六名、および大阪市交通局の建設事務所係長、現場監督員など三名、さらにガス会社のガス導管維持係員ならびに引火の直後の原因を与えたと見られたガスパトカー運転手二名の計十一名が、業務上過失致死傷罪で起訴された。このうち、ドーザー・ショベルの運転手については、ガス管にショベルを引っ掛けたという事実について証明がなく、また、ガスパトカーの運転手についても、自動車の火花の引火とガス爆発との因果関係の証明がないとして、いずれも無罪が言い渡された。しかし、他の被告人に関しては、継手部分抜け出しの原因や爆発の直接の原因が特定できなかったにもかかわらず、湾曲した継手部分には抜け出し防止の措置（拔止め）を施すという工法がすでに知られていたことを決定的な根拠として、いずれも、有罪が言い渡された。

予見可能性に関する判決の中心部分はつぎのようなものである。すなわち、「過失犯が成立するためには構成要件

的結果及び当該結果の発生に至る因果関係の基本的部分につき予見可能性が要求されるが、本件のような地下鉄工事現場において、口径三〇〇ミリメートルもある中圧管が継手部で抜出したりすれば、その後どのような経過をたどるかは別として、継手部から噴出する多量のガスが工事中の掘削坑内に充満したり、あるいは路上に流出したりして、また最後には燃焼爆発に至るなどして多数の人に死傷の結果を招来する危険のあることが明らかであるから、結局本件事犯における予見可能性の問題は、本件継手の締結力に欠陥があり、あるいは欠陥を生じて継手が抜け出す事実の予見可能性の問題に帰着するものである。この場合、本件のような中圧ガス導管の敷設配管状態のもとにおいて本件継手部には抜出め防護の施工が工法上要求されるとの点につき認識ないし認識可能性があれば、それだけで右予見可能性が裏付けられるのであって、継手部の締結力に現に欠陥がありあるいは欠陥が生じることやその原因について具体的な認識ないし認識可能性のあることはかならずしも必要でない。」と。そして「抜け出す事実の予見可能性」については、締結部の欠陥自体やそれを生じた原因の認識はできなくても、抜止め措置の必要性を認識していた以上、「すでに数年以上の地下鉄建設工事従事者の経験を持ち、地下鉄建設工事の技術上の専門家として前記のごとき業務に従事していた各被告人にとり、現に認識し、あるいは認識することが可能」であったとした。

両判決の予見可能性に関する一般論の部分に相違はないと思われる。前者の「因果関係の重要な部分」という表現も、後者の「因果関係の基本的部分」という表現も、実質的に同じ意味であると解される。しかも、いずれの判決も、ガス管折損あるいは継手部抜け出しなどによる「大量のガス漏出」の予見があれば、それが何らかの原因で引火爆発して、多数の死傷者を生ずる十分な危険性を認識できると解しているのであって、この点にも相違はない。問題はガス漏出の十分な危険を予見させる事実の認識可能性にある。板橋事件では、これは「土中での鳥居建の横移動」とされ、天六事件では「抜止めをせずに継手部分を露出させたこと」とされた。⁽¹³⁾そしてこの「事実」が、前者では予見不可能とされ、後者では予見可能（正確には認識もあつた）とされたのである。そこで、後者の判決は、抜止めの

必要性の認識も被告人らにあったことを認定し、その必要性の根拠は、結結部の欠陥が認識できなくても抜止めなしではガス管が抜け出す危険性があることにあったと推論して、被告人らに「大量のガス漏出」ひいてはそれによるガス爆発と多数の人間の死傷の予見可能性があったと結論づけたのである。

このように、両判決の採用する予見可能性論およびその具体的適用には、解釈理論上の相違は見出せない。ただ、たまたま、板橋事件の被告人らには「鳥居建の横移動」という事実は予見不可能であったのに対し（それでも、もつと土木技術関係の知識の豊富な上層部の人間が起訴されていた場合には、過失が肯定された可能性もある）、天六事件の被告人らは技術知識も豊富で抜止め措置の必要性も知っていたと認められる者であったが故に、結論も異なつたと考えられる。同時に、これらの判決は、認識可能な因果経過がどの程度特定されていればよいかという問題についても、参考になるものと思われる。つまり、各事象の間に鳥居建横移動あるいはガス管抜け出しの直接の原因や引火の直接の原因が特定できないという未解明のブラック・ボックスがあったとしても、そのインプットとアウトプットとの間に、人口密集地帯に大量のガスを噴出させれば爆発する相当の危険性があるというように、法則的連関のあることが知られていれば、予見可能性の認定には十分であるということである。

3 防火管理責任に関する判例

近年しだいに刑事訴追が増加している事件類型のひとつとして、防火管理責任に関するものを挙げることができる。この防火管理責任とは、出火そのものについての責任ではなく、さしあたり、出火した場合にそれによる被害を最小限にいくとめるための建物管理者の責任と解しておけばよいであろう。消防法八条一項は「学校、病院、工場、事業場、興行場、百貨店（これに準ずるものとして政令で定める大規模な小売店舗を含む。以下同じ）、複合用途防火対象物（防火対象物で政令で定める二以上の用途に供されるものをいう。以下同じ。）その他多数の者が出入し、

勤務し、又は居住する防火対象物で政令で定めるものの管理について権原を有する者は、政令で定める資格を有する者のうちから防火管理者を定め、当該防火対象物について消防計画の作成、当該消防計画に基づく消火、通報及び避難の訓練の実施、消防の用に供する設備、消防用水又は消火活動上必要な施設の点検及び整備、火気の使用又は取扱いに關する監督、避難又は防火上必要な構造及び設備の維持管理並びに収容人員の管理その他防火上必要な業務を行なわせなければならない。」と定める。これらの建物の「管理権原者」らに課される、ここに列挙されたような防火措置を取る責任が、「防火管理責任」であると解してよいであろう。

ただし、この規定の義務の内容は「管理権原者」がしかるべき資格を有する「防火管理者」を選任して、これに消防計画の作成や避難訓練の実施などの措置を取らせるという間接的な構成になっている。また、その違反に対する罰則も、「防火管理者を定めよ」あるいは「八条一項に従って必要な措置をとれ」という消防署長などの命令に違反した場合にのみ科されることになっており（消防法八条二項、三項、四二条一項、四三条一項）、その法定刑も三月以下あるいは六月以下の懲役または罰金というように、業務上過失致死傷罪と比較すれば、軽いものである。したがって、かりにこの消防法八条一項の措置を怠った状態で火災が発生し死傷者を生じた場合でも、消防署長などの命令が出ていなければ、消防法上の罰則は科せられないということになる。しかしながら、これらの措置を怠らなければ死傷の結果もある程度防止できたかもしれないという場合、「管理権原者」らにその不作为の刑事責任を追及すべきではないかという考えが生ずる。おそらく、このような考え方に基づくためと思われるが、この十数年間に、しだいに、業務上過失致死傷罪でこの不作为の責任を追及する事例が増加した。⁽¹⁴⁾

この類型の事件において予見可能性に關して生ずる最大の問題は、死傷結果を予見するための前提となる出火自体の予見可能性をどのように定義するかということである。論理的には、出火自体の可能性が小さいと構成要件の結果発生の可能性も小さくなり、場合によっては防火のための作為義務が全く否定されることも考えられるからである。

さらに、それに付随して、出火後の従業員や被害者の不適切な行動をどこまで計算に入れなければならないかも重要である。それは、必要な防火計画や避難訓練の内容に関わってくる。

しかし、前者の問題については、裁判所はあまり留意してきたとは思われない。たとえば、椿グランドホテル火災事件一審判決（和歌山地判昭和五一・三・三一刑月八―一七二）は「……これら具体的状況のもとにおいて、ホテル経営の掌にあたる被告人が判示注意義務を怠れば、火災発生の際、その通報が遅れて本件被害者らの死傷という結果を生じるであろうということは十分予見しうるものであったというはかない。」（傍点筆者）と述べるし、白石中央病院火災事件一審判決（札幌地判昭和五四・一一・二八刑月一―一―一五五五）は「……で述べたような素材、構造からなる本件病院、特にその旧館において火災等が発生した際、火災の通報や新生児、入院患者らの救出、避難誘導等を直接担当すべき看護婦その他関係従業員らに不適切な行動があると容易に大事に至るべきことは何人にとっても予見可能であるところ、……」（傍点筆者）と判示している。さらに川治プリンスホテル火災事件一審判決（宇都宮地判昭和六〇・五・一五判時一一五四―六八）では「火災発生の危険は常に存在するものであって、一旦火災が起これば、……逃げ遅れた客に死傷の危険が及ぶおそれがあることは見易い道理」（傍点筆者）とまで述べている。つまり、出火の十分な危険性があることは自明の前提とされているのである。

このうち川治プリンスホテルの事件については二審判決（東京高判昭和六二・二・一二判時一二三三―三〇）でも、結果の予見可能性につき、原判決のように旅館・ホテルにおける火災の一般的危険性や火災・煙等の一般的危険性に対する認識の可能性という抽象的予見可能性ないし一般的危機感をもって足りるとするのは不十分であるという弁護人の主張に対し、「旅館・ホテルにおいては、施設を設け、そこにその施設の構造、配置、特に火災の際の避難方法やその経路に習熟しているとはいえないところの多数の客を宿泊させているのであるから、火災発生の危険が常に存在し、かつ、一旦火災が起こればその発見の遅れ、初期消火の失敗等から本格的火災に発展し、逃げ遅れた客に死傷

の危険が及ぶおそれがあることは、旅館を経営するものが等しく予見することのできるものであり、原判決がこれを見易い道理であるとし、刑法上の注意義務の根拠としての予見可能性は右の程度の危険の認識の可能性を以て足りると解したのは、まことに正当である。」(傍点筆者)という判示がなされている。

ここでは、二つの問題が混同されているように思われる。つまり、避難方法や経路に習熟していない多数の人間を収容しているということは、火災発生という条件が成就した場合には、従業員に十分な避難誘導訓練を施していない場合、客が逃げ遅れるなどして死傷の結果を生ずる危険を根拠づけるものではあるが、この条件成就の可能性およびその予見可能性を根拠づける事情ではないことである。それを、避難行動に対する客の不慣れさで根拠づけるのは筋違いである。

もっとも、不特定・多数の人間が利用するという事実は、寝タバコなどの際の火の不始末によって出火する危険を根拠づける事実であるかもしれない。その点に触れているのは、ホテルニュージャパン火災事件一審判決(東京地判昭和六二・五・二〇判時一二四四―三六)である。この判決は「一般的に、ホテルは、その業務の性格上、昼夜を問わず不特定、多数の宿泊客等に宿泊その他の利便を提供することを業とするものであるから、火災発生の危険性を常に包蔵しているものといえ」としており、ホテルでの火災発生の危険を高める具体的な事情に言及しているように思われる(もっとも、それでもあまり明確ではないが)。

学説でも、この点についてはさほど具体的な認識の可能性は要求されていない。たとえば、井上祐司教授は『火災の発生』の予見可能性においても、……『個別的詳細』において予見の対象となるのではない。患者や従業員の火の不始末、厨房の火の不始末、ボイラーの過熱、不適切な火気使用などおよそ火災であれば足り、隣家からの延焼や放火犯人のつけ火による火災でも事情は異ならない。その意味で、予見の対象となる『火災の発生』は一般化される。」と述べている。⁽¹⁵⁾ たしかに、出火後の被害を最小限にいくとめることが問題なのであるから、出火の原因自体はどんな

ものであってもかまわない。その意味でこの指摘自体には異論の余地はない。しかしながら、全体としての出火の可能性が極めて低ければ、先に述べたように、防火管理のための措置を取らなくても、死傷結果発生の相当程度の危険およびその認識可能性が否定されることもひとつの道理である。ならば、この類型の事件において、裁判所はなぜ一般的な火災発生の予見可能性で足りるのであるのか。

ひとつの仮説は、この類型の事件が一種の「継続的不作為犯」に関するものだから、というものである。防火管理責任というものは、通常の注意義務と異なり、比較的特定された時間の中で存在するものではない。旅館やホテル、病院などの営業が継続する限り、その間に受け入れる客や患者の生命・身体のために存続し続けるものである。しかも、要求される消防計画の作成や避難訓練、防火設備の設置、維持、管理などの義務は、現に火災が生じたときに要求されるものではなく、あらかじめ火災の発生に備えて要求されるものである。したがって、この義務発生の前提とされる「出火の可能性」とは、決して特定の一時期の可能性を指すものではなく、その営業の継続が予定されている全期間において、一回でも出火する可能性を意味することになる。「予見のスパン」が極めて長いといってもよい。そして、このように解すると、防火管理責任の前提としての「出火の可能性」は決して低いものではなく、その認識も容易だということができよう。もともと、それでも、厨房など火気を利用する場所とそうでない場所とでは出火の頻度は異なるから、義務づけられる措置の内容も、それに応じて、異なってくる。

しかし、この仮説は、他方で、「実行行為」あるいは「過失犯の未遂」(不処罰ではあるが)に関して、深刻な問題を生ずる。一九八六年夏の刑法学会関西部会の共同研究「刑法における管理・監督責任」において、「消防法上の不作為を、業務上過失致死傷罪の不作為と同視すると、火災発生までの長期の期間がすべて刑法上の違法状態と評価されることになり、刑法の適用が不当に拡大されるのではないか」という趣旨の発言があった。⁽¹⁶⁾ 過失結果犯の未遂の処罰はないので、その点の処罰拡大の懸念はともかくとして、理論上は長期の不作為状態をすべて過失犯の「実行行

為」と解さなくてはならなくなる。これ自体に躊躇を感じる人も多いであろう（「実行行為」と「実行の着手」とを区別して、後者は火災発生の直前に認めるという方法も可能であるが）。さらに、かりに消防法八条一項に違反する不作為状態があったとしても、消防法自身は消防署長などの命令に対する違反があるまで刑罰的介入を差し控えているのに、いわば結果の発生を条件としていきなり業務上過失致死傷罪が成立するという法状態のギャップの大きさも、このような構成に対して躊躇を感じさせる要因となろう。最後に、この種の長期間における「出火の可能性」は予見可能性にとどまらず、多くの旅館、ホテル、病院などの経営者には現実に認識されているようにも思われる。その場合に、客や患者などが逃げ遅れて死傷することも見易い道理だとすると、彼らには、結果の予見可能性を超えて、現実の予見が存在すると強く推定されることになる。しかし、この予見をもって、結果が生じたとき彼らに故意結果犯の責任を問うことは不可能であろう。他方、個別的なあるいは比較的特定された時期の出火の予見可能性を要求することも不可能である。そうすると、この場合、彼らは一体いかにして、対応する故意結果犯の故意を構成する「予見」に到達できるのだろうか。つまり、ここでは、現実に予見されているが期間の限定のない漠然とした「出火の可能性」と予見の不可能な個別具体的な「出火の可能性」があるだけで、予見可能なしかるべき特定期間内の「出火の可能性」はないのである。これは、消防法上の罰則の不十分さを業務上過失致死傷罪で補おうとすることから生ずる矛盾であるように思われる。この点については、後にあらためて検討する。

火災の際の従業員の不適切な行動をどこまで計算にいれて対策を講ずるべきかという問題も、困難なものである。この点の判断が分岐点となって結論が分かれたものに、白石中央病院火災事件の一、二審判決（一審前掲、二審札幌高判昭和五六・一・二二刑月一三―一―二二）がある。^(註)とくに、見習い看護婦が火災の発生に気づいたのに、新生児の搬出に思いが至らず救出が手遅れになって、新生児三名、成人の患者一名が死亡した点を、日ごろの避難訓練などの不十分さの現れと見るか、それとも、このような行動は「不適切極まりない」ものであって、病院長などの

管理権原者はある程度の適切な措置は当然とってくれるものと信頼してよかったが、キーポイントであった。さらに、この事件では主張されなかったが、人間の行動にミスはつきものであるから、どんなに立派な避難訓練を行っていても、実際の火災の際に不適切な行動がなされることはありうる（しかも、それは、漠然とした形でなら、現実には予見されるものである）。いかに事前の防火体制を確立しても、どうしてもコントロールできないものが残るのである。このような場合に予見の対象となるのは火災による人の死傷一般でよいのか、それとも、一応適切と考えられる防火管理によって防止可能であった人の死傷に限るのか、さらに、かりに後者の見解を採用するにしても、要求される防火管理の水準を引き上げれば引き上げるほど、防止可能であった結果の範囲は広がることになるので、要求水準をどこに設定するかも、重大な問題である。これに応じて、被告人に関する要求水準たる防火管理の認識可能性も吟味しなければならぬであろう。白石事件の各判決は、これらの理論問題を認識させる示唆に富んだものである。

このように、防火管理責任に関する裁判例には、予見可能性問題に限っても、継続的で間接的な不作為犯という行為類型に特有の、極めて重要な理論問題を含んでいるといえる。しかも、これらの問題に対しては、「具体的予見可能性説」か「危機感説」という分析視覚だけでは、不十分のように思われる。むしろ、各種の事件類型ごとに、必要な可能的「予見」の内容を検討すべきであろう。

注

- (1) 板倉教授はカネミ事件一審判決を「本判決は表現の上では、森永事件差戻後第一審判決のように明らかにしていないが、実質的には、結果予見可能性は不安感・危機感で足りるとする立場をとっているものともみられる。」とし、「結果予見可能性を危機感で足りるとし、結果回避義務違反を中心に過失をとらえるいわゆる新々過失論は、森永、カネミの二大公害事件判決で、ほぼ定着したものといえよう。」と評価する。板倉・現代社会と新しい刑法理論三三頁、三三四頁。また、二審判決も「実質的に危機感説に近い考え方をとっている」と見る。同「監督過失」警察学論集四〇巻一〇号五四頁。また、熊本水俣病事件についても「伝統的な考え方では、両被告の行為を犯罪であるとは捉えられなかった。」と見る。前掲書二六頁。土本検

事も水俣病事件一、二審判決を「一般論としては具体的予見可能性論に立ちながら、その実質においては、危惧感説的な感覚で予見可能性の内容をとらえているもの」と見る。土本・過失犯の研究四四頁。

- (2) 一審判決に対する評釈として、松尾邦弘「食品公害と業務上の過失責任―予見可能性を中心として―」法律のひろば三二巻七号（一九七八）三九頁、板倉「食品公害における監督責任と法人の刑事責任」法律のひろば三一巻七号（一九七八）四七頁・前掲書三二〇頁以下所収、同「カネミ油症刑事事件判決」Law School 一号（一九七八）八五頁などがある。

- (3) 一審判決の判断についてであるが、井上祐司教授は「その作業は詳細かつ説得的で、伝統的過失論の立場からみても、何一つ不安定な部分はない。」と評価する。井上「監督者の刑事過失判例について」井上正治博士還暦・刑事法学の諸相（七）（一九八二）二八六頁。

- (4) ヒ素も本来食品に添加するものではないが、その薬理効果は、比較的新しい物質であるPCBと異なり、古くから知られている。

- (5) この点は、漠然とした危惧感こそ「予見」であるとした、森永事件二審判決にもいえることである。

- (6) 胎児性水俣病に関する過失致死傷罪の成否や因果関係の認定、公訴時効の起算点などの問題は、本稿の検討対象からはずれる。なお、一審判決を検討したものとして田宮「板倉」土本「福原」真鍋「三井」座談会・熊本水俣病刑事判決をめぐるジュリスト六九〇号（一九七九）一五頁、板倉「熊本水俣病刑事判決の意義」ジュリスト六九〇号四〇頁、同「水俣病刑事判決をめぐる―その意義と妥当性―」判例タイムズ三八五号（一九七九）一〇五頁・現代社会と新しい刑法理論二七頁以下所収など、二審判決に対するものとして土本「構造型」と「事故型」―水俣病事件控訴審判決に接して」判例タイムズ四七六号（一九八二）三三頁、同「水俣病事件控訴審判決(2)」Law School 五一号（一九八二）五一頁、五二号（一九八三）三四頁、前田「結果」の予見可能性―水俣病控訴審判決を手掛りに―ジュリスト七八四号（一九八三）四六頁、飯尾滋明「熊本水俣病刑事事件控訴審判決―公訴時効の起算点―」甲南法学二四巻二号（一九八四）一七三頁などがある。

- (7) 前田・前掲ジュリスト七八四号五五二頁。

- (8) 事実、患者側からは殺人罪による告訴があった。

- (9) 土本・前掲判例タイムズ四七六号三八頁。

- (10) 本節注（一）参照。

- (11) 本件は、十分な警告的表象があったと思われる時点の後も行爲を続けたという点で、西ドイツのサリドマイド刑事事件と類

似するものといえる。この事件において検事局は一部の副作用について故意犯で起訴したことに注意すべきであろう。なお、この事件の概要については藤木「西ドイツのサリドマイド裁判(上)(中)(下)」ジュリスト四〇三号、四〇五号、四〇六号(一九六八)・過失犯の理論二二九頁以下所収、同「西独のサリドマイド刑事訴訟打切決定(一)(二)(三)完」ジュリスト四九三号九八頁、四九四号一〇一頁、四九五号七六頁(一九七二)参照。藤木博士もサリドマイド事件における検察側の主張や予見可能性を肯定するアーヘン地裁の判示を「理論的には、旧来の過失理論に依拠しているように見える。」といわざるをえなかった。藤木・刑法各論(一九七二)一三八頁。

なお、熊本水俣病事件では、公訴事実で把握する実行行為の開始時点を遅らせたために予見可能性の認定は容易になったが、そのため被害者の死傷とそれ以後の排出行為との因果関係の判定に困難が生じたことに注意しなければならない。

- (12) 天六事件一審判決の評釈として山中敬一「ガス爆発事故と刑事責任」ジュリスト八四〇号(一九八五)二六頁、大野真義「天六ガス爆発事故大阪地裁判決」月刊法学教室五八号(一九八五)九六頁、中山研一「地下鉄工事現場のガス爆発と過失責任」法学セミナー三七五号(一九八六)六七頁、前田「ガス爆発事故と過失責任」ジュリスト増刊昭和六〇年度重要判例解説(一九八六)一四七頁などがある。

- (13) 本判決では、抜止めの義務づけが、ただちに、それを怠った場合に締結部が抜け出すことを連想させるものかどうかという点に問題があるが、本稿ではそれには触れない。

- (14) 公刊されている裁判例については、本稿第一章第一節注(4)参照。

- (15) 井上「監督過失」と信頼の原則」法政研究四九卷一一三三(一九八三)四二頁。

- (16) 「共同研究 刑法における管理・監督責任」刑法雑誌二八卷一号(一九八七)より石塚章夫「捜査・訴追及び裁判上の立証」同号四四頁注(4)参照。

- (17) 両判決の比較分析は注(16)の共同研究の一環として松宮「白石中央病院火災事件判決について」刑法雑誌二八卷一号(一九八七)四六頁で試みたので、詳細はそれを参照されたい。

(五) 小 括

森永事件二審判決を契期として主張された「危惧感説」は、一九七六年の北大事件二審判決で明示的に否定され、

その後も、エチレン製造工場の爆発事故に関する山口地判昭和五四・一〇・一二刑月一一一〇——一六八やがけ崩れ実験中の事故に関する横浜地判昭和六二・三・二六判時一二三二——五六などにおいて排斥され続けている。⁽¹⁾ しながら、裁判所は「具体的予見可能性説」と「危惧感説」との理論的相違をどのように捉えているのか、今一つはつきりしない。そのため、「危惧感説」の支持者からは、不特定・多数の被害者に対する認識可能な因果経過の詳細にブラック・ボックスを含むような事件、たとえば熊本水俣病事件や天六ガス爆発事件などでは、有罪判決は実質的に「危惧感説」に立つものと見られることになる。他方、「具体的予見可能性説」の支持者はこれらの判決が「危惧感説」に立つものとは見ていない。要するに、両説の支持者の間に「要件たる予見可能性」に必要な「予見」の具体性の理解につき一致がないのである。そこで、この点を詰めていくことが理論的課題の一つとなる。

つぎに、各種の裁判例の検討から明らかにするように、事案の判断の分岐点および判決の評価の分岐点は、決して、一様でない。たとえば、森永事件の分岐点は、本件のような経緯における「工業用第二燐酸ソーダ」の発注に、各容器ごとの化学検査を動機づけるほどの「危惧感」を被告人らは抱くべきか否か、という規範的判断にあった。これは、「倫理的能力」にどの程度ものを期待すべきかという問題なのである。二審および差戻後一審は、法廷における「不見識」だという同業者の証言をもとに、本件において「工業用」発注から「危惧感」を要求してかまわないと考えた。この点の判断に異存がなければ、いかに「具体的予見可能性」を強調しても、結論に相違は出ないのである。

北大事件では、予見可能性に関する最大の争点は、認識可能とされる電気メスの誤接続から、人の傷害を連想できるかという点にあった。判決は人の手術に使うような器具のプラグを誤接続すれば当然なんらかの人の傷害は予想できると考えた。しかし、少しでも電気知識のある人なら、電気抵抗によって発熱する器具のプラグの接続を逆にしても、それだけでは発熱する部位（つまり電気抵抗の一番大きい部分）に変動のないことは知っているとされる。

本件のように、安全装置のない心電計が併用されているという認識があつて初めて危惧感を生ずるのである。この点の認識およびその他の電気に関する知識のない看護婦に、誤接統から人の傷害が連想できると考えた判決の推論は、いささか、乱暴なものであつたように思われる。換言すれば問題なのは、裁判官自身の電気に関する知識だつたように思われるのである。これは、もはや、予見可能性理論の問題を超えて、専門的な科学知識に関する裁判官の態度一般の問題にまで至るものである。

弥彦神社事件における有罪判決の問題は、餅まきの際の混乱というやや類型を異にする結果に関する「危惧感」を、階段付近での人の死傷という現に生じた結果の予見の契期に転用した点にあると思われる。しかも、前者の「危惧感」については、餅の撒き方に留意するなど、被告人らは一定の結果回避措置を行っていた。藤木博士の表現をかりれば、「危惧感を払拭する程度の結果回避措置」が行われていたのかもしれないのである。

三津五郎フグ中毒死事件の問題点は、過失致死罪を過失傷害罪の結果加重犯（しかも、口がしびれる程度の中毒については被害者の同意があつたとも見れるから、この点につき違法性阻却を認めると、単なる条例違反の結果加重犯）にした点である。これはまさに、ヴェルサリ・イン・レ・イリキタそのものである。それほど明らかではないが、「給油口の開栓の失念」からいきなり失火罪を肯定した給油過誤事件にも、同様の傾向が見られる。ここでは、まず、ヴェルサリ責任の内容と問題点を明らかにして、その克服の必要性を論じなければならない。

他方、カネミ、水俣などの公害事件の有罪判決、天六などの都市災害の有罪判決は、「不特定・多数の客体に対する結果犯」としての特徴を持つことに留意しつつも、因果経過の細かなメカニズムは知らなくても、概括的な法則知識を利用して結果発生をコントロールできることから、決して、伝統的な理解に立つても犯罪成立を肯定できないものではないことを共通の認識にしなければならない。そこでは、対応する故意犯の認識の内容を、過失犯における予見可能性の「可能な予見」の内容を示すものとして、一応の基準にすることができよう。

しかしながら、最後に、このように考えても、防火管理責任追及における過失致死傷罪の利用には、「可能な予見」の内容が不明であり、実質的には故意または過失による消防法八条などの違反を、死傷結果の発生を条件として、消防法上の罰則よりも重く処罰するという機能を果たしているにすぎず、ヴェルサリ責任の疑いを払拭しきれないといわなければならない。これは、消防法違反に直罰規定を設けるべきか否かという立法問題にも関係する。直罰規定が立法され、事前の予防が重視されるようになれば、過失結果犯の疑わしい拡大も回避されるかもしれない。

このように、予見可能性をめぐる実務の問題状況は、「具体的予見可能性説」対「危惧感説」というあいまいな図式では割り切れない多くの論点を抱えているように思われる。これらの論点に即して「要件たる予見可能性」の内容を明らかにすることが、理論の最重要課題である。しかし、そのまえに、次章で今少し、「危惧感説」の内容を検討しておく。

注

(1) エチレン工場爆発事件とは、石油化学工場のエチレン製造装置が爆発して従業員一名が死亡したというもので、工場の製造課係長らが起訴されたものである。判決は、この爆発を専門研究者には予測可能であったとしつつ、「当時の石油化学業界の技術水準では事前に予知し得ない特殊な条件が累積的に重り合って発生した稀にみる前例のない災害であって、被告人ら現場作業員の知識水準では到底予測しがたいものであった。」と述べ、無罪を言い渡した(確定)。とくに注目に値するのは、被告人らが現実的に「危惧感」を抱いていなかったことを強調している点である。被告人の知識水準を重視した点で板橋ガス爆発事件の判決に類似しており、被告人に現実の「危惧感」がなかったことを重視した点で森永事件の一審判決に類似したものと見ることができよう。がけ崩れ実験事故事件とは、国立防災科学技術センターなどの研究機関ががけ崩れのメカニズムを探るために行った人工のがけ崩れの際に、予想外に多量の土砂が、しかも予想外に高速度で崩れて報道関係者や科学技術庁の職員を死傷させたというものである。土砂の高速度流下のメカニズムは裁判時点でも十分には明らかにならず、しかも、事件当時の科学知識では土砂は当然見学者の手前で止まるものと考えられていたため、実験を担当した研究室長らに無罪が言い渡された(確定)。この判決でも、死傷結果が回避可能な時点までの段階では、被告人らに現実の「危惧感」がなかったことが読み取れる。

後者の判決については松宮「川崎がけ崩れ実験事故判決」月刊法学教室八三号（一九八七）八七頁で、若干の分析を試みた。

三 「具体的予見可能性」の意味

（一）藤木理論の検討

前章の小括において、予見可能性をめぐる判例の問題点を分析、理解するためには「具体的予見可能性説」対「危惧感説」という図式だけでは不十分なことを強調したが、その前に、そもそも、両説が対立する内容を持っているのか、そうだとすればどの部分が対立しているのかを確認しておかなければならない。本節では、そのために、予備的考察において示した視座を手掛かりに、「危惧感説」そのものの分析を試みる。

1 藤木理論の諸特徴

この理論の提唱者である藤木博士は、予見可能性についてどのように考えていたのであろうか。⁽¹⁾まず、一九五七年の「過失犯の考察」では、すでに述べたように、結果の予見可能性は具体的な因果の進行について考えなければならぬ、⁽²⁾としていた。これが、森永事件上告棄却判決後には「一般・通常人の標準において、ある種の結果防止措置をなす旨の負担を命ずるのが合理的であると思われる程度の危惧感が存在することが結果の予見」⁽³⁾（傍点筆者）と述べらるに至り、「食品添加物として納品される化学薬品については、商取引の常態としてその成分・規格が法的にも保証されたものでないかぎり、……万が一にも未知の類似品の混入、あるいは製造過程の過誤による粗悪品の混入などの可能性がないとはいえないのであるから、当該業者ならば、このような可能性・不安感をもつというのであれば、そ

れが、結果の予見可能性を意味し、そのうえで、このような不安感を払拭するに足る程度の結果回避措置を命ずることに合理性が認められることになる」(傍点筆者)という形で定式化されて、その後の著作に受け継がれていく。そこには、①予見可能性は結果防止措置賦課の前提とされている、②危惧感から即座に結果防止措置が導かれることが予定されている、③危惧感を抱くか否かの標準は行為者ではなく一般人・標準人である、④予見可能性と現実の予見との関係が明確でない、などの特徴を挙げることができる。このうち①は新・旧過失論争においてしばしば指摘されるところであるが、それ以外の点については、現在までに、どのような議論がなされているであろうか。

2 三井教授の分析

②の点について藤木理論の分析を試みたのは三井教授である。教授は「『危惧感』説には概念上の混同があり、それが、予見可能性は『危惧感』で足りるという考えをとらせることになったのではないかと思わせるふしがある。」として、藤木博士が強調したのは未知の災害における調査義務ないし情報収集義務(エンギッシュの提唱した第三の外部的注意義務)の重要性であるが、「この調査義務は、エンギッシュのいう第一、第二の義務とは少しく性質を異にする。すなわち、それは結果回避義務の前提ではあっても、回避義務そのものではない……。調査・テストはあくまでも危険を予知するためのものである(民事では、はっきりとこれは予見義務とされている)。結果回避義務を主軸に考える立場からは、調査義務は、結果回避措置をとる前提として位置づけられるものである。」とし、「このように結果回避義務と調査義務とを同一視したため、これまでは具体的予見可能性があつてはじめて結果回避措置を問うことができたものが、未知の危険の場合には、調査義務は、『危惧感』程度のもを抱いたときに要請しなければその意味がなくなると考えられたのではないかと推測される。」と述べる⁽⁵⁾。

つまり、「危惧感」があるときに要請される情報収集措置は、結果回避措置そのものではなく、その前段階ではな

いか、ということである。換言すれば、「危惧感」→情報収集→具体的予見という図式が考えられているといっている。三井教授は、このような考え方を民事の不法行為の理論から引き出している。そこで、本稿では、エンギッシュ自身のオリジナルな見解を参照してみよう。

3 エンギッシュ理論との比較

エンギッシュ自身は、過失の要件たる「認識可能性の対象」(Der Gegenstand der Erkennbarkeit)と「認識可能性」(Die Erkennbarkeit)それ自体とを、明瞭に、区別していた。そこでは、前者は故意の要件たる「認識の対象」と同一とされ、ただ、過失の場合にはその現実の認識がない点で異なるとされたのである(つまり、エンギッシュは故意の限界について認識説あるいは表象説に立つのである)。彼はつぎのように述べている。

「過失行為者には、彼に現実の認識があったなら故意になりうるのと同じものが、認識可能でなければならない。なぜなら、行為者に過失の責を負わせるためには、我々が故意行為者に、彼の表象に基づいて期待する動機が、獲得可能であったでなければならないからである。……逆にいえば、過失行為者には、故意行為者が現実に認識する以上のことは、認識可能でなくてよい。なぜなら、適法に行動しうするためにはそれ以上のことを知る必要はないからである。」⁽⁷⁾

そこで、結果犯の場合には、自己の行為から結果が発生する「危険性」が認識可能でなければならない。なぜなら、「故意の場合にこの関連で必要な認識は行動の『危険性』、すなわち法律上の構成要件に従って定義された結果の発生を蓋然的なものにする行為の性質」⁽⁸⁾に及ばねばならないからである。これは、彼のいう「広義の相当性」である。⁽⁹⁾ 結論的には、認識可能性は「あらゆる場合に、(法律によって記述された)性質から見た具体的な構成要件実現に及ばなければならない」⁽¹⁰⁾のである。

それでは、第三の外部的注意である情報収集義務はどこに位置づけられるのだろうか。エンギッシュ自身はこの義務を「法尊重義務」(Rechtsbeachtungspflicht)と名付けているが、内容は、自己の行為が法に違反しないか否かを判断するためにしかるべき機関に問い合わせるなどの情報収集措置のことである。彼はこれを、行為者が先の「認識」に至る一つの道であると理解している⁽¹²⁾。しかも、この注意は、他の二つの外部的注意と異なり、過失犯に固有の注意である。つまり、この注意は結果犯の場合、結果回避措置そのものではなくて、行為者が「認識」に到達する手段なのである。

この意味で、三井教授の指摘はエンギッシュのオリジナルな見解に忠実なものである。逆に、この点では、藤木理論はエンギッシュから離れて独自の展開を見せているといつてよいであろう。それは藤木博士のつぎの記述の中に典型的に現れている。すなわち、「結果の具体的な発生が予見不可能である、という場合であっても、その行為は、たとえば業務上過失致死傷罪についていえば、人の生命、身体に対しなんらかの危害を及ぼすのではないかという一般的な不安感をもたれるのであって、安全確保のための特別の用心深い態度を伴わないかぎり、その行為をそのまま行わせることについて危機感が存在するという場合には、行為者に対して、具体的には特定できない未知の危険を積極的に探知すること、あるいは、未知の危険との遭遇を無意識的に回避することが可能なように、できるかぎり、冒険的行動を避け、控え目な行動を心がけることを要求するのは、条理上当然であり、しかも、このような用心深い控え目な態度をとることによって、知らず知らずのうちに危険が回避されている場合が多い、という事情に鑑みるならば、未知の危険に臨む場合において、危険ないしはその危険の徴表となる事実を探知する義務、あるいは、ことさらな冒険は避け、できるかぎり慎重に行動する、という結果回避義務の負担を命じ、そのような負担を果たしたならば回避可能であった具体的な被害については、たとえ、その具体的な内容につき行為当時には予見不可能であったとしても、行為者に落度があると認め、過失の責任を問うことが合理的である。」⁽¹³⁾(傍点筆者) という記述である。ここに

は、危惧感から、択一的にはあるが、いきなり「控え目な行動」という結果回避措置が導かれている。これは、森永事件の場合には、化学検査という情報収集措置と並んで、第二燐酸ソーダの規格品を発注する義務という形で具体化される。

この見解には、択一的に命じられる情報収集措置によって行為者が「具体的予見」に到達できなかった場合に問題がある。エンギッシュ理論に忠実なら、この場合は、たとえ情報収集措置を行為者が行っていないかったとしても、予見可能性がないことになるが、藤木理論では、それは不可能でも「控え目な行動」をとっていれば結果は、幸運にも、生じなかったという場合、過失が肯定されるからである。しかし、前章で述べたように、森永事件では、偶然にも、この部分では結論は分かれなかった。

森永事件で結論の分岐点になったのは、むしろ③の「危惧感」を抱くべき状況を判断する標準のとりかたである。これが行為者の現実の「危惧感」を出発点にするのであれば、(立証の困難はともかく)少なくとも実体法理論上は、問題は少なかったのであるが、藤木理論はこれを「通常人なら危惧感を抱くような状況」とするので、通常人のとりかたしだいでは極めて苛酷な結論を招くことになる。もちろん、あらゆる過失において行為者に現実の「危惧感」があるとはいえないであろう。ぼんやりしていて危険だという感覚を生じなかった場合もある。しかし、行為者が冷静に熟慮しても危惧感を生じないような場合に「通常人なら危惧感を抱く」として過失を肯定するのは、行為者にとって唐突で権威主義的であり、有罪の説得力を欠くように思われる。この「通常人」は、たしかに、行為当時の行為者そのものではないが、行為者に比較的近い人格である必要があるであろう。そこで、この問題についても、エンギッシュの理論を参考にしてみよう。

エンギッシュは、認識可能性があるといえる場合には二通りあって、ひとつは法尊重義務を尽くしていればその認識に到達できた場合、もう一つは構成要件実現回避への関心を欠いていた場合(つまり、この関心が十分であれば、

即座に、認識に到達していた場合であるとする。たとえば、交通の激しい道路などにおける暴走運転などの際に死傷結果を認識しない者は、意思活動としての思考を怠っていたのではなく、「構成要件実現回避への関心を欠いていたために何も考えていなかったのだ」と述べる。⁽¹⁵⁾しかし、前者の法尊重義務を介する場合でもこの点は重要である。すなわち、「法尊重義務を履行するため、適切な瞬間に精神を緊張させるため、思考を集中するためには、さらに、これらの措置の必要性の認識可能性が必要である。……あらゆる、注意措置にとって認識可能性問題は必然的に生ずる。法尊重義務の介入は、最も洞察力のある人間 (ein einsichtiger Mensch) に認識可能な構成要件実現の危険によって客観的に決定される。そして、法尊重義務を履行するために何が適切かということも、この最高の知識によって決定される。しかし、客観的に、必要な注意の無視だけでは、まだ、過失の認定には不十分である。構成要件実現を回避するために一定の認識行為が必要であるということが最も洞察力のある人間には認識可能であっても、行為者自身には、あるいは彼と同種の人間には、さらに平均人にも、これが認識できず、かつ、この理由で過失の非難ができない場合もある。つまり、法尊重義務の不履行に非難を結び付けうるためには、一定の法尊重措置をとることが肝要なのだということが、行為者自身に認識可能であったことを認定することが必要である。ところで、このような認識可能性は、究極的には、意思緊張によって得られる認識可能性ではありえない。なぜなら、そうでないと我々は無限適及に陥ってしまうからである。」⁽¹⁶⁾と。

つまり、法尊重義務（情報収集措置）自体の認識可能性は、それによって獲得される認識とは別に確定されなければならない。それをエンギッシュは「構成要件実現回避への関心」に求めるのである。⁽¹⁷⁾換言すれば、この「関心」についてののみ、行為当時の現実の行為者を離れた一般的な水準が期待される。エンギッシュがこれ以外の知識・技能、その他の能力については行為者自身のものを過失判断の資料とすることは、すでに別稿で示した通りである。⁽¹⁸⁾そして、行為者がこのような「関心」を持っていたなら情報収集措置へと動機づけられたであろうという状況が、藤木博

士のいう「危惧感を抱くべき状況」に相当するものと思われる。

森永事件の場合、一審判決は行為者の置かれていた行為当時の事情を、その経験・知識も含めて、具体的に考慮していたように思われる、そのうえで、行為者には現実の危惧感がなかった、さらには危惧感を抱かなかったとしても非難できない状況であったと判断しているのである。それに対し、二審および差戻後一審の判決は、事件後の同業者の証言の中の「食品に工業用を用いるのは不見識」という部分を捉えて（その部分でも証人の間で判断は分かれていたのであるが）、ようやく、「危惧感を抱くべき状況」であったと推論することができた。しかし、それは、被害が悲惨であったという現実、やや、引きずられた、行為者個人にとっては苛酷な判断ではなかったであろうか。そして、これが「危惧感説」の一つの具体化であるとする、それは行為者の置かれていた各種の事情、とくに知識や経験などの主観的事情を捨象して、「危惧感を抱くべき状況」を権威主義的に設定するものではないわなければならない。

④の予見可能性と現実の予見との関係の不明確さの問題も、右の二つの問題と無関係ではない。予見の対象としての危険性すなわち結果発生の一定の「可能性」と、予見そのものの「可能性」とが混同されているために、予見の「可能性」が、結果発生の際の「可能性」のような確率的可能性とは異なり、行為者に一定の気質を仮定した仮言的判断であることが見過ごされる。そのため、予見「可能性」の一つの契機である「危惧感」が予見そのものと混同されたり、「具体的予見」と対立するものであるかのように受け取られたりするのである。さらに、そのために「危惧感」が結果回避に直結されることになる。もっとも、これらの点は藤木理論に固有のものではない。通説といわれる「具体的予見可能性説」もあいまいにしてきたものである。むしろ、この点があいまいであったために、「危惧感説」が生じたのだともいえる。

しかし、このように整理しても、「予見」の対象のとりかたしだいで、個別事案の判断は大きく左右される。また、前述のように「危惧感を抱くべき状況」を決定する指針があいまいでは、あるべき具体的予見「可能性」の内容も定

まらない。そこで、次節では、この二点をもう少し検討してみよう。

注

- (1) 同様の作業は、すでに、前田「医療過誤と過失犯の理論」順編・医療と法と倫理三三〇頁以下で試みられている。
- (2) 藤木・過失犯の理論五三頁。
- (3) 藤木・前掲書一九六頁。
- (4) 藤木「企業災害と過失犯(三・完)」ジュリスト四八〇号一〇三頁。
- (5) 中山・口述刑法総論第二版(一九八三)三二四頁など。
- (6) 三井・藤木編・過失犯—新旧過失論争—一四九頁以下。
- (7) Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, S. 373.
- (8) Engisch, a. a. O., S. 376f.
- (9) 同旨、山中敬一「過失犯における因果経過の予見可能性について(一)」「(二)完」関大法学論集二九卷一号、二号(一九七九)。

もっとも、山中教授のように「広義の相当性」が認識されていれば、現実の因果経過が異常でない限り(「狭義の相当性」)、後者の認識可能性は必要ないとするのは、誤解を生ずるのではないか。少なくとも、現実の因果経過は、行為者に認識可能な「広義の相当性」つまり行為の持つ危険性の実現でなければならぬと思われる。たとえば、心臓病の患者をピストルで撃ち殺そうと思っていたが、現実には弾丸が外れ、しかも患者は発射音に驚いてショック死したという行為者の場合、彼はこのような経過を事前に全く予想していなかったけれども、弾丸の命中による死亡の危険性は認識していたのであるから「広義の相当性」の認識があるとして、故意殺人の既遂とすべきであろうか。このような場合、命中以後の経過については、行為者がたとえば即死しか意識せず、その他の経過は意識下に沈めていたとしても、既遂を認めて差し支えないかもしれない。しかし、心臓病の患者のショック死はそれ自体必ずしも不当ではないが、行為者にこの経路での結果発生の可能性が認識されていない以上、換言すれば、「認識されている広義の相当性」が「客観的な広義の相当性」より狭い以上、現実の経過が前者の部分の実現でなければ故意既遂の責任を問えないとするほうが、妥当な結論であるように思われる。同じことは「認識可能な広義の相当性」が「客観的な広義の相当性」より狭い場合にも妥当する。換言すれば、過失犯既遂の成立のためには、現実の因果経過は「認識可能な広義の相当性」の実現でなければならない。その意味では、現実の経過も、間接的に、認識可能でなければ

ばならないと思われる。そして、エンギッシュ自身も、このような解釈の余地を残していると思われる。現に、エンギッシュの理論を継承したヤコブスは、このような解釈を採っている。Günther Jakobs, *Strafrecht AT*, 1983, S. 240ff., 265ff.

- (10) Engisch, a. O., S. 388.
- (11) Engisch, a. a. O., S. 306ff.
- (12) Engisch, a. a. O., S. 347f.
- (13) 藤木編・過失犯—新旧過失論争—三二頁以下。
- (14) もっとも、このような「認識なき過失」が処罰に値するか否かについては論争の余地がある。
- (15) Engisch, a. a. O., S. 370.
- (16) Engisch, a. a. O., S. 370. ここに「法尊重義務の介入が客観的に決定される」というのは、行為者にその義務が認識可能であったか否かを問わないという意味である。しかし、これは義務の発生に関する記述であって、その懈怠を非難するにはその認識可能性が必要であるとされていることに、注意しなければならない。
- (17) Engisch, a. a. O., S. 371f.
- (18) Engisch, a. a. O., S. 410ff. 松宮・南山法学一一卷二号八六頁以下。

(二) 予見の「対象」と「可能性」

1 予見の「対象」

可能でなければならない「予見」の「対象」はどのようにして決まるか。一つの指針はエンギッシュなどによって与えられた「対応する故意結果犯の成立に必要な認識」である。同様の見解は、我が国でも、町野教授、前田教授の見解に見受けられる。まず、町野教授は、北大事件の判例評釈において、「刑事過失が結果を発生させたことに対する意思責任であることからすれば、故意の心理状態に対応した、より具体的な結果の予見可能性が必要だと考えなければならぬ。」とする⁽¹⁾。また、前田教授も、水俣病事件二審判決の検討に際して、「いかに具体的といっても、一定

の抽象化が必要なのは当然である。問題は、その抽象化の程度であるが、その際、参考になるのが、故意の対象の具体性の程度である。」と述べている。⁽³⁾

しかし、問題は、故意の内容としての認識の対象自体があまり明確に限定されていないところにある。前田教授は、概括的故意を否定する学説がないことを指摘して、「構成要件の定型性が緩やかであることが一般に承認されている過失犯の場合、例えば刑法二二一条の成立にとって、およそ人が死ぬという予見が可能であれば足りるとせざるを得ないように思われる。その意味で、『具体的結果』というのは、実はあまり限定的機能を持たないのである。」とする⁽³⁾、町野教授も「予見可能性の対象は構成要件的に特定していれば足りるのであって、……傷害の態様・程度まで予見可能である必要はない。そうだとすると、たとえば本件（北大事件―筆者注）でも、電気ショックによる骨折の危険の予見可能性があれば、現実が生じた火傷結果に対する予見可能性も肯定しうることになる。このように具体的予見可能性説といえども、構成要件の同一性の範囲内でその対象の抽象化を肯定するものである。」と述べる⁽⁴⁾。このアプローチは、現時点では、このレベルにとどまっている。

「危惧感説」は全く逆のアプローチを試みる。この考え方では、行為者に結果回避措置を、無意識的にでも、とらせる動機となるような「危惧感」があればよいから、たとえば、過失致死罪についても、行為者に違法な傷害の結果が予見可能であれば、その成立が肯定されることになる。体質によって多少の副作用はあるが死亡をきたすこととはないと一般の医師に信じられているような薬品の使用によって、意外にも患者が死亡した場合に、医師の側に問診に手落ちがあったとした場合⁽⁵⁾、問診によって傷害の結果までは予見できたとすると、それによって行為者がその薬品の使用を回避すれば、死亡結果が「知らず知らずのうちに」回避されたことになるのである。さらには、形式的な取締規則違反を回避することで予想外の重大な結果を回避できた場合も、結果に対する過失責任が肯定されることになる。これは、坂東三津五郎フグ中毒死事件二審判決が示した結果加重犯の構成そのものであろう。現に、藤木博士自身、

自説を「過失犯の責任は、その結果回避義務違反の結果的加重犯だ」という考えにやや近いもの」と評している。⁽⁶⁾そこでは、ヴェルサリ・イン・レ・イリキタが積極的に受容されているといえる。

この点では「具体的予見可能性説」といわれる考え方の中にも問題がある。たとえば、西原教授は「予見可能性の対象は、結局は結果の発生であるが、それではあまりに抽象的すぎる。そこで、具体的には、結果発生の原因となつた事実で、それを予見すれば通常人ならば結果回避措置をとつたであろうような事実が予見可能性の対象となる。」⁽⁷⁾（傍点筆者）とする。この見解でも、先の設例の場合、副作用（正確には、治療効果との比較衡量をしても正当化されない重い副作用）という傷害の結果が予見できれば、「通常人ならば結果回避措置をとつたであろう」から、致死罪の予見可能性が肯定されることになる。前田教授も、森永事件を例に、「このような場合に西原教授のごとく死の結果の予見を問わないとすると、『不安感』を基礎に過失を認定することに結果的に近づくことになろう。」⁽⁸⁾と見る。

このように「結果回避」という観点から予見対象を画そうとすると、認識可能な結果を回避することによって認識不可能な結果も、偶然に、回避される場合、どうしても結果加重犯的な構成、すなわちヴェルサリ・イン・レ・イリキタに陥らざるをえない。もちろん、藤木博士のようにこれを積極的に評価するという政策的態度決定も可能であろうが、やはり、生じた結果に対する責任が問われていること、およびその結果に応じて罰条や法定刑も異なっているということから見れば、傷害の結果しか予見できない行為者に致死罪の法定刑を適用するのは疑問である（量刑によって調整するという方法も邪道であろう）。まさに、「死の危険を予見できる場合と、傷害の結果しか予見できない場合とは、すくなくとも理論上はあきらかに違ふ」⁽⁹⁾のである。

したがって、現時点では不十分な展開しか見せていないとしても、最初に挙げた故意結果犯との対比による方法を発展させることが、比較的妥当なアプローチだといわなければならない。その場合、当面の課題として、まず、①電気ショックによる骨折と火傷という、予見可能な傷害と現実の傷害との態様の違いや両者の因果経過のズレをどう考

えるか（町野教授の設例）、つぎに、水俣病事件などに典型的に見られるように、②因果経過の詳細がまだ予見できない場合をどう考えるか、さらに、大規模な公害・災害事件に見られるように、③予測される被害者が不特定・多数である場合にどう考えるか、とくに現実の被害が事前に予見可能なものを上回った場合にどうするか、最後に、防火管理責任の事件に典型的に見られるように、④「出火」のような結果発生の直接の原因がいつ発生するか予測できず、しかもそれに備えるための作為義務を長期にわたって怠っている場合をどのように考えるか、などの問題を挙げることができよう。⁽¹⁰⁾そこで本稿で、おおまかな解決の方向を示してみよう。

まず、①の問題に関しては、因果関係の「広義」および「狭義」の相当性が肯定されることが第一の前提であり、これが認められた場合は、故意犯の錯誤の問題に準じて考えるべきではないかと思われる。とくに重要なのは、因果経過の錯誤である。同じ火災という結果であっても、たとえば、行為者が藁の蓄えられている納屋の近くでタバコを捨て、そのタバコがガソリン溜めに落ちて火災が発生した場合、行為者に藁が発火する危険が認識できただけでは足りず、ガソリンに引火する危険が認識可能であった場合にのみ、失火罪を肯定するという見解がある。⁽¹¹⁾これは、行為者に火災の予見可能性がないとするのではなくて、その予見可能性と現実の因果経過が符合しないとするのである。故意犯の場合の因果経過の錯誤に相当する。いわば、過失結果犯の未遂として不可罰とするものである。しかし、もちろん、このような考え方を採用するためには、故意犯の錯誤論において、因果経過の錯誤を、因果経過の相当性の主観的反映として、独立に考えなければならないことは、いうまでもない。また、「結果」自体も、「人の傷害」一般として抽象的に考えてはならず、もっと具体的に把握する必要がある。つまり、「抽象的法定符合説」ではこの問題に対応できないのである。「（現実の）結果および因果関係の本質的部分」という判例で採用されてきた公式も、実は、無意識的に、このような具体化を指向してきたともいえる。

つぎに、②の問題に関しては、疫学的な考え方が参考にならうか。つまり、ある井戸水を飲めば必ず特定の疾病に

かかるという関係が知られており行為者もそれを知っていたれば、「病原菌」というものの存在すら知られていない時代でも、その井戸水を他人に飲ませて発病させた場合、傷害罪が成立するであろう。そうであれば、この、中間にブラック・ボックスを含んだ法則的關係が認識可能であれば、過失犯も成立するはずである、という考え方である。水俣病事件の一、二審判決はこのような考え方をとったものと思われる（もっとも、因果關係の確定のためには、必ずしも、この程度では十分でないであろう。現実には別の原因がある場合も考えられるからである。しかし、水俣病事件では、この部分は、裁判時には、科学的に解明されている）。町野教授も「たとえば、自動車の構造を知らない者でも、アクセルを踏めば加速されることを知っているように、行為と結果との間に『ブラック・ボックス』が介在していても、結果に対する予見可能性は失われるものではない。」⁽¹²⁾と述べている。「因果關係の本質的部分」には、このような考え方も潜在していると思われる。

さらに、③予想される被害者が不特定・多数の場合の予見対象については、刑法一四六条後段の水道毒物混入罪や一二六条三項の汽車電車等顛覆致死罪のような公共危険犯の故意が参考になるかもしれない。もっとも、これらの犯罪が、通常の結果加重犯とは異なり、加重結果について故意のある場合を含むと解することが前提である。しかし、「人の現在する車船を顛覆、破壊する故意があれば、車船中の人の死についても、未必の故意に近いものがみとめられるのが通常であり」⁽¹³⁾、水道に毒物その他人の健康を害すべき物を混入する故意があれば、乳幼児などが飲むことも予想されるのであるから、同様に未必の故意に近いものが認められるのが通常であろう。したがって、これらの規定は被害者が不特定・多数という「殺人罪の特殊の態様」⁽¹⁴⁾を規律する場合を含むと考えてよいであろう。過失致死傷罪は、これらの規定の基本犯も過失でなされた場合を規律する役割を与えられていることになる。

もっとも、このように考えた場合、本来過失致死傷罪は個人法益に対する罪であるため、特に罪数に關して、矛盾を生ずる。とりわけ、カネミ油症事件のように、事前に予見可能な結果の範囲よりも広く被害が生じたとき、公共危

陰犯なら一罪として、あとは量刑で処理できるが、被害者ごとに成立して観念的競合の關係に立つべき過失致死傷罪では、どの結果が予見可能なものでそれが不可能なものか区別できないからである。現行法の解釈論としては、このような不特定・多数の客体に対する概括的な予見可能性のある場合は、予見可能な結果の範圍を数として特定しておいて、生じた結果のうちその数にみあう数の罪を成立させるか、あるいは、最後の手段として、因果關係の認められる全ての結果に対して犯罪の成立を認め、量刑で調整するしかなかろう。しかし、いずれも矛盾を持っていることは認めざるをえない。公害罪法三条二項のような公共危険を介した不特定・多数の被害者に対する過失結果犯の立法が、一般的に、必要なかもしれない。⁽¹⁵⁾

最後に、このアプローチにとって最も困難な問題が④の防火管理責任のケースである。すでに述べたように、これには対応するしかるべき故意結果犯が見当たらない。防火管理責任を怠っていることを認識しながら、そしてまた、火災の際にはそのために逃げ遅れて死傷する被害者の出ることを予想しながら営業を続けたホテル経営者に、それだけでいきなり故意の殺人あるいは傷害の罪を認めるなら話は別であるが、それは妥当でないであろう。しかし、具體的な「出火」が認識できない場合、建物の管理権原者に認識可能なのは、通常、ここまである。ここでは、過失致死傷罪は故意または過失の消防法違反を死傷結果の発生を条件に重く処罰するという機能を余儀なくされているのであって、立法的手当ての必要は、一層、大きいといえる。⁽¹⁶⁾

2 予見の「可能性」

予見の「可能性」をめぐる議論は「対象」をめぐる議論以上に立ち遅れているように思われる。すでに述べたように、そもそも、両者の区別自体が十分に意識されているとは思われない。わずかに、前述した藤木理論に対する三井教授の分析や、「危惧感説」の支持者と見られている沢登佳人教授の記述が目を引く程度である。沢登教授はつぎの

ように述べている。すなわち、「全く危険という観念を持たない者が『危険を避けよう』とする目的・意識的・意思的行動をなすことは、存在論的そして心理的・精神生理学的に不可能」という部分である。⁽¹⁷⁾これは、予見「可能」といいうるためには行為者に現実の「危惧感」が必要だとする見解と解してもよいであろう。もともと、これには、行為者が法益に対し極めて無頓着ないし無関心であって、通常の人間なら当然危険だと感じる状況でも何も考えていなかった場合に、過失を否定すべきかという法政策的な疑問がある。

藤木博士の「通常人なら危惧感を抱く状況」という定式は、その「通常人」を行為者からかけはなれたものにしなれば、ある程度、合理的な結論を導きうるものであることは、エンギッシュ理論との比較で示した通りである。つまり、その限りでは、「危惧感説」は正しい指摘を行っているのであって、その問題提起は十分に尊重されなければならない。要するに、予見可能とは、「危惧感を抱くべき状況」という外部的な条件とそれが認識されたときにそれに反応するための「結果回避への一定の関心」という主体的条件が揃ったとき、行為者は、場合によっては情報収集措置を通じて、対応する故意結果犯と同じ「予見」に到達していたであろう場合を意味することになる。この「関心」にどの程度ものを期待すべきかということは、当該社会において人身事故防止のために過失結果犯にどの程度の役割を期待することが正義にかなうかという問題につながる。

注

- (1) 町野・ジュリスト五七五号七六頁。
- (2) 前田・ジュリスト七八四号五二頁。
- (3) 前田・前掲五二頁。
- (4) 町野「過失犯」町野Ⅱ堀内ほか・考える刑法(一九八六)一九三頁。
- (5) 佐伯千仞・四訂刑法講義(総論)(一九八一)一九五頁の設例である。佐伯博士はこのような場合「業務上過失致死の可罰的違法性は認めたい」とする。

- (6) 藤木「過失犯の構造について」司法研修所論集一九七一年一号八三頁。
- (7) 西原・刑法総論(一九七七)一七四頁。
- (8) 前田「過失と予見可能性」藤木編・刑法I(判例と学説七)(一九七七)二三六頁。
- (9) 内田・判例タイムズ三〇九号一〇五頁。
- (10) このうち②から④までの問題は「監督責任」あるいは「監督過失」という名で包括されることが多い。しかし、理論的には、このように複数の問題が複雑に絡みあっていると見たほうがよいであろう。
- (11) Jakobs, Strafrecht AT 1983, S. 266.
- (12) 町野・前掲考える刑法一九四頁。もっとも、これを「現実的因果経過は予見可能性の対象ではない。」と表現することは、先に指摘した因果経過の錯誤類似状況との関係で、誤解を招く恐れがある。行為者は、ブラック・ボックスを含んだ形ではあっても、現実の経過を予見できたのであればならない。
- (13) 中山・刑法各論(一九八四)四〇七頁。
- (14) 団藤重光・刑法綱要各論改訂版(一九八五)二三八頁。
- (15) 公害罪法は対象となる行為を「工場又は事業場における事業活動に伴って人の健康を害する物質を排出し」た場合に限っており、しかも、最高裁はこの「排出」を事業活動の一環として行われる排出に限定したので(最三小判昭和六二・九・二二判事一二五〇一四六)、この規定の適用範囲は極めて限られたものになっている。なお、この規定の適用がある場合にも、通常の過失致死傷罪との罪数関係が問題になるが、公共危険を通じた結果犯の特殊性に鑑みて、その限りで通常の過失致死傷罪の適用は排除されたと考えたほうがよいであろう。
- (16) ちなみに、ドイツには、火災の際に住人の救助が不可能な屋根裏部屋を貸したところ、原因不明の火災で借り主の家族が逃げ遅れて死亡したという事件において、貸し主に過失致死罪の適用を認めた帝国裁判所の判決(RGSt 61, 316)があるが、被害者や結果発生場所の特定性において我が国のホテル火災の事件などとは相当に異なること、さらに、それでもこの判決には学界からの批判が多いことに注意しなければならない。この事件については松生光正「過失による共犯(完)」法学論叢一七巻五号(一九八五)三〇頁以下参照。なお、山中「管理監督責任に関する西ドイツの理論状況」刑法雑誌二八巻一号(一九八七)九四頁以下によれば、西ドイツの管理監督責任論は圧倒的に「具体的な結果発生の危険がすでに生じている類型」に議論が集中しており、「管理監督者が、安全(体制確立)義務を怠ることによって法益侵害の『危険状態』を作り出しあるい

は除去しない類型」はあまり論じられていないことが見て取れる。

(17) 沢登佳人「すべての過失は認識ある過失である」植松還暦・刑法と科学・法律編（一九七二）三二二頁。

(三) 小 括

以上、「危惧感説」の内容の分析を通じてその特徴と問題点を明らかにするとともに、それと対比させる形で、あるべき「要件としての予見可能性」の内容を追求してみた。ここでは、「危惧感説」の中に結果回避措置とその前提としての情報収集措置との混同があること、そのため予見可能性と現実の予見との関係が不明確であること、したがって予見の「対象」たる結果発生の「可能性」すなわち「危険性」と予見そのものの「可能性」との区別も十分でないこと、さらには、「危惧感を抱くべき状況」の判断基準は、森永など個別事件の判断を見ると、行為者よりかなり高いところに置かれていることなどが明らかになった。しかしながら、三井教授の分析やエンギッシュ理論との比較から明らかなように、この理論は予見の契機として「危惧感」というものを重視したと解釈すれば、それは決して不当なものではなく、むしろ、従来比較的軽視されてきた予見の「可能性」をめぐる議論を深めるものとして積極的に評価することもできる。そして、その限りでは、「危惧感説」は、決して、あるべき「具体的予見可能性説」と対立するものではないのである。もっとも、その際、「危惧感説」が基本的にヴェルサリ・イン・レ・イリキタへの傾向を持っていることは、常に注意しておかなければならない。

他方、実務から生じてきた予見可能性をめぐる様々な問題に対処するには、各々の論点を具体的に抽出して検討を加えなければならず、そのためには、これまでのような「具体的予見可能性か危惧感か」という分析視角では、明らかに、不十分である。そこで、本稿では、予見可能性をめぐる問題を可能であるべき予見の「対象」と予見そのもの

の「可能性」とに分けて、前者については結果に対する責任（あるいは結果の主観的帰属）という観点から、対応する故意結果犯の認識への類推というエンギッシュなどの用いた手法に従い、判例の事案から生ずる問題をいくつかの類型に分けて検討してみた。それにより、実務に対するいくらかの指針と現行実務のいくらかの矛盾を明らかにできたと思われる。もちろん、それはまだ方向性を示すにとどまるものである。後者の問題については、また試論の域を出ておらず、今後の検討課題として残されたものが多い。

四 むすびにかえて

本稿では、主に、「危惧感説」と対比させる形で、予見可能性の問題が焦点になった裁判例を素材に、あるべき「予見可能性」の内容を探ってきた。そこでは、「危惧感説」自体が他の考え方と対立する内容を持っているのか、持っているとするればそれはどの部分か、という疑問を中心に、論旨を展開してきたのである。しかしながら、このような方法をとること自体からも明らかのように、「具体的予見可能性説」自体の内容は、決して、自明のものではない。それは、水俣病事件を例にとれば明らかのように、決して因果経過の逐一詳細まで予見可能性が必要と考えるものではない。また、予見の「対象」の特定の部分で触れたように、その特定方法には、この考え方をとると標榜する論者の間でも基本的な対立がある。このように見れば、「具体的予見可能性説」とは、決して、完成された理論ではなく、むしろ、実務上の様々なケースへの対応を通じてさらに展開される必要のあるものと考えたほうがよいであろう。

しかし、その基本的な姿勢は忘れられてはならない。すなわち、過失結果犯における予見可能性要件は、行為者に彼の行為から生じた結果についての刑事責任を問うための前提だということである。一般的な意味で不適切な行動であるから生じた結果について刑事責任を負わせてよいというヴェルサリ・イン・レ・イリキタは、結果犯についての

刑事責任が問われている場合には、排斥されなければならない。同時に、刑事責任が行為者に対する非難である以上、行為者に苛酷と思わせるような説得力のない非難は非難の効果を有しない。その意味で、過失の判断は、行為者の置かれた状況を、その知識・技能や経験も含めて、十分に考慮したものでなければならないと思われる。また、管理責任・監督責任といわれる事件においても、行為者は自己の管理・監督上の行為（作為あるいは不作为）から結果を生じたことについて責任を問われるのだということも、忘れてはならない。いわゆる「企業組織体責任論」も、行為者の置かれた具体的状況として組織体の中で行為者を把握するという、個人責任におけるいわば当然の理を述べたものと理解しなければ、封建的な団体責任という非難を免れないであろう。同時に、このことは、公害・企業災害などの事件も伝統的な刑法理論の延長上で把握すべきであり、かつそれが可能であることを示唆しているように思われる。現象の新しい目に奪われて、軽々に原理・原則を修正してはならない。このような基本姿勢を崩さなければ、その理論は、現実とその名にふさわしいものかどうかは別としても、「具体的予見可能性説」を指向するものといえるであろう。⁽¹⁾⁽²⁾

注

- (1) 北海道ガス連続中毒事件判決（札幌地判昭和六一・二・一三刑月一八一―二六八、確定）も熱量変更計画の責任者の刑事責任を問うにあたり、現場作業員に調整過誤を誘発しやすいとりのない状況下で作業を行わせ、かつ事後点検も行わないという調整作業計画を立案、実施した点に過失を認めたものであって、現場作業員に対する抽象的な選任・監督義務違反を問題としたものではないことに注意すべきである。なお、この判決の評釈として、吉田敏雄・ジュリスト八六七号（一九八六）一一一頁、同・月刊法学教室七七号別冊判例セレクト八六（一九八七）三〇頁がある。

- (2) なお、本稿脱稿後の一九八八年三月一日、最高裁は熊本水俣病刑事事件について上告を棄却する決定を下した。その要旨を見る限り、予見可能性要件については何も述べられていないようである。もっとも、公訴時効や胎児に対する致死傷罪の成否については、検討すべき部分が多い。特に、胎児を母体の一部と見ること、それにもかかわらず出生後に死亡したときは出生した人に対する致死罪が成立していることには、論理矛盾を感じないわけにはゆかない。